



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

Sogamoso, Diciembre diecinueve (19) de dos mil diecisiete (2017)

Referencia:	Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicación:	15759-33-33-002-2016-00045-00
Demandante:	Moises Antonio Niño Carreño
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 MOISES ANTONIO NIÑO CARREÑO por intermedio de apoderado, solicita que se declare probada la existencia de una relación laboral entre el señor MOISES ANTONIO NIÑO CARREÑO y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA por estar probada la concurrencia de los tres elementos constitutivos: *prestación personal, salario y subordinación* de tipo técnico y administrativa y se declare entonces la nulidad del oficio No 2-2015-002394 del 18-11-2015 mediante la demandada nego dicho reconocimiento.

Pide que se condene al SENA a título de restablecimiento del derecho del accionante, al pago de las prestaciones sociales a cargo del empleador, tales como *primas de servicios de junio y de diciembre, prima de navidad, de vacaciones, vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima quinquenal, cesantías, e intereses sobre cesantías*, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la C. P. y al pago de las cotizaciones pensionales que por seguridad social.

Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término de establecido en el artículo 192 del C.P.A.C.A. se paguen intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 195 del C.P.A.C.A. y que la condena se actualice de conformidad con el artículo 187 del *ídem* desde la fecha de la vinculación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan en que el señor MOISES ANTONIO NIÑO CARREÑO prestó sus servicios al Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, a partir del 30 de marzo de año 1999 hasta el 16 de diciembre de 2016, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios (*fl. 220 a 223*), tiempo durante el cual presto sus servicios profesionales de forma personal en calidad de **instructor**, impartiendo formación profesional para la orientación de competencias laborales a través de formación de proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en el área de soldadura, dirigida a los aprendices y técnicos que atiende el Centro Industrial y Manufacturero del SENA Regional Boyacá, acota que cada contrato se ejecutó acorde al objeto establecido, por lo cual la entidad demandada pago como contraprestación las sumas pactadas que en su criterio de se asimila al salario.

Señala la demanda que en la ejecución de los contratos existió siempre la *subordinación* de tipo administrativo y técnico por parte del SENA, ya que el demandante en su calidad de instructor contratista carecía de autonomía para ejecutar los contratos, la entidad impartía ordenes en cuanto al modo o contenido de tipo técnico para que se desarrollaran los cursos mediante la pedagogía por competencias laborales, las cuales debieron ser evaluadas a los alumnos por el instructor, a fin de evidenciar el desarrollo de las mismas y poder expedir así los certificados profesionales.

En lo referente a la subordinación administrativa, el SENA estableció al contratista horarios de trabajo en cada uno de los centros donde laboró para capacitar grupos de aprendices, técnicos y tecnólogos seleccionados por el SENA, le exigió presentar informes periódicos, evaluaciones, evidencias de los alumnos y llevar un control de seguimiento disciplinario de los mismos, adicionalmente se le exigía asistir a las reuniones programadas por el supervisor del SENA para recibir instrucciones de tipo administrativo y políticas institucionales.

Agrega la demanda que existieron otras formas de subordinación, adicionales a la subordinación técnica y académica, como son el hecho de recibir órdenes permanentes de un coordinador académico, y del subdirector de centro quienes determinan el horario a cumplir el lugar donde se debe impartir la formación y el grupo asignado y asistir a las reuniones programadas por ellos.

El demandante efectuó reclamación Administrativa Laboral al SENA a fin de que se le pagaran prestaciones sociales y seguridad social y demás derechos resultantes de la relación laboral existente por derecho de petición con radicación No 1-2015-029324 del 29-10-2015 (fl. 3-5) y recibió respuesta negativa No. No 2-2015-002394 del 18-11-2015 (fl. 6-9).

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir del demandante, con la expedición del acto administrativo demandado se violan las siguientes disposiciones: Artículos 1, 13, 25, 38, 39, 40, 53 y 125 de la Carta Política, El Decreto 2400 del 19 de septiembre de 1968, por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones, artículo 2, de igual forma el Artículo 22 del código sustantivo del trabajo que define el contrato de trabajo.

Cita apartes jurisprudenciales del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda en Sentencia proferida el 12 de marzo del 2015 Magistrada ponente Doctora MARTHA JEANNETTE GONZALEZ GUTIERREZ con radicación 11001-33-31-712-2012-000126-01 Demandante: Raúl Fernando Rojas Ruiz, en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, similar al actual proceso contra el SENA, donde se indicó:

“Por lo anterior, y de acuerdo a lo manifestado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, debemos tener presente que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer primar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es factible acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Es así como la Alta Corporación ha indicado que los elementos esenciales de una relación de trabajo, son (i) la ejecución personal de la actividad, (ii) la subordinación o dependencia y (iii) la remuneración; mientras que los elementos esenciales de un contrato de prestación de servicios son (i) la obligación de ejecutar labores en razón de la experiencia o formación, (ii) la autonomía e independencia y (iii) la temporalidad del acuerdo (...)

Advierte en su concepto de violación, que la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997 señala que 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, en aras de hacer prevalecer el interés general, el Estado contrate las funciones de carácter permanente únicamente cuando se hubiere creado los cargos correspondientes y se hubiere previsto los emolumentos necesarios para cubrir dicha obligación permanente. Pues el SENA al contratar al señor MOISES ANTONIO NIÑO CARREÑO por aproximadamente 16 años en forma permanente para realizar tareas de capacitación igual a las desarrolladas por los funcionarios de planta Y en labores no altamente especializada y que pudo ejecutarlas con funcionarios de planta, vulnera el inciso 4º del Artículo segundo del decreto No 2400 de 1968 y su reforma hecha por el decreto 3064 de 1968 que dispone.

El artículo 2o. quedará así:

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 considerarán 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”.

Con graves perjuicios para el trabajador al desconocerse las obligaciones que generan la relación laboral como son el no pago de las prestaciones sociales, la seguridad Social, la inestabilidad Laboral el desconocimiento a los trabajadores a la libre asociación, y la imposibilidad de descanso remunerado, se afecta el trabajo digno de las personas, y de esta manera el Estado a través del SENA fomenta una forma de contratación atípica disfrazando una relación laboral por una contratación Estatal de prestación de servicios para evitar el pago de todas las obligaciones como son las prestaciones sociales y la seguridad social que se desprenden de la relación laboral, por cuanto prima la realidad sobre la forma y la realidad es que en estos contratos ejecutados por el accionante concurren los tres elementos como son la prestación personal del servicio, la subordinación, y un salario como contraprestación a sus servicios, y que se pueden evidenciar en la cláusula primera de cada contrato, Objeto: Prestación de servicios personales para impartir formación profesional integral. Para atender la formación de aprendices según el horario que el centro del SENA le dé, aplicando los procesos y procedimientos del estatuto de formación profesional integral del SENA -Subordinación- tipificando de

esta manera una relación laboral. Pues el señor MOISES ANTONIO NIÑO CARREÑO desarrollo personalmente la ejecución de cada uno de los contratos, recibió mensualmente una contraprestación o salario como consta en cada uno de los contratos, cumplió horarios, y ejecuto los contratos bajo subordinación y en cumplimiento de órdenes permanentes, ya que en la docencia no existe autonomía, pues así lo ha venido afirmando la Corte Constitucional, Preceptos constitucionales vulnerados, derecho a la igualdad de trato art. 13 C. P. cuando el SENA contrata docentes en forma permanente para ejecutar las mismas funciones O labores que los empleados de planta y a unos les aplica un régimen jurídico de contratación estatal y los de planta un régimen jurídico amparando todos los beneficios de la relación laboral, se evidencia una gran diferencia injustificada, por cuanto no es posible que tratándose del mismo empleador unos tengan seguridad social y todas las prestaciones sociales y otro grupo se le desconozcan todos los derechos amparando su actuación en una contratación disfrazada de contrato Administrativo, vulnerando el derecho a la igualdad que el estado debe garantizar trabajo digno y justo, El SENA vulnera el artículo 25 de la constitución, al desconocer los derechos laborales, consagrados en la ley y la constitución, pues no es justo, ni digno, no pagarle las prestaciones sociales, la seguridad social, y desconocer todos los derechos que se desprenden de la relación laboral.

El artículo 53 de la Constitución Política establece unos principios mínimos de la relación laboral, y uno de ellos el de la primacía de la realidad sobre la forma que el empleador quiera dar a la contratación laboral, y se puede evidenciar, la vulneración de los mínimos principios que se deben garantizar en la relación laboral, finalmente hace un aporte jurisprudencial y analiza en su concepto el caso concreto concluyendo que en la ejecución de los contratos el demandante cumple los tres elementos esenciales de una relación laboral.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -- SENA mediante apoderado judicial contestó la demanda (fl.161-168) oponiéndose a las pretensiones de la demanda, indicando que no existió relación laboral entre el demandante y la entidad que representa, quien prestó su servicios como contratista, modalidad que no genera una relación de carácter laboral y solo da lugar al pago de honorarios pactados y por tal razón resulta totalmente improcedente el pago de prestaciones; agrega que no es procedente la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado, ya que es legal y se ajusta a derecho, porque al demandante no le asiste ninguno de los derechos laborales reclamados.

Al sustento fáctico de la demanda refiere que el demandante fungió como contratista en la entidad demandada y no una relaciona legal y reglamentaria, es por ello que cumplía un objeto contractual, atendiendo la necesidad, conveniencia y oportunidad que ameritaba dicha contratación, teniendo en cuenta que los fines del estado, relacionan actuaciones que deben ser manejadas conforme a los requerimientos que sin traducirse en órdenes por subordinación, correspondían a la eficiencia en el desarrollo de la actividad contratada, indica que no existió ningún tipo de subordinación administrativa o técnica ya que en el desarrollo del objeto contractual, no recibía órdenes por lo que las afirmaciones señaladas en la demanda deben ser probadas.

Indicó, que la Sección Segunda del Consejo de Estado señaló 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 (fl. 166).

Finalmente propuso las excepciones denominadas

- “*Inexistencia del derecho*” porque el acto administrativo se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico
- “*Ausencia de claridad en la pretensiones*” bajo el argumento de que el demandante no señala los tiempos exactos o periodos por cobrar, ya que la relación contractual no fue continua
- “*Buena fe*” bajo el argumento de que no es dable predicar la existencia de un vínculo de carácter laboral cuando el mismo demandante manifestó la voluntad de prestar sus servicios mediante unos contratos regidos por la Ley 80 de 1993

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada ante la Oficina de Apoyo Judicial el 22 de abril de 2016 (fl.115), siendo asignada por reparto a este Juzgado, quien después de verificar el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 162 del C.P.A.C.A admitió la demanda por auto del 3 de Junio de 2016 (fl.117).

El 25 de agosto de 2015 el demandante solicita medida cautelar (fl.122), por lo que por auto del 5 de septiembre de 2016 (fl.127) se ordena correr traslado, ante la que se pronuncia la entidad demandada en escrito del 6 de octubre de 2016 (fl.137-139) y fue resuelta negando, por auto del 31 de octubre de 2016 (fl.157-158)

Por auto del 20 de febrero de 2017 (fl.258) se fija fecha para llevar a cabo la audiencia inicial, la cual se realiza el 3 de mayo de 2017 (fl.260-263) en la cual se decreta pruebas y señalo el día 28 de junio de 2017 para la audiencia.

En la audiencia de pruebas (fl.270) se incorporan al expediente las pruebas decretadas y se dispuso cerrar la etapa probatoria y correr traslado a las partes para que alegar de conclusión.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante, expuso sus alegatos finales mediante escrito recibido el 28 de junio de 2017 (fl.275-292) solicitando que se acceda a las pretensiones de la demanda, por considerar que está probada la prestación personal de servicios que el demandante a la entidad demanda, por la cual recibió un salario mensual en contraprestación, que se ejecutó bajo la subordinación del SENA, representado en órdenes, asistía a reuniones, cumplir horario, responder por lo bienes y elementos puestos a su disposición para el cumplimiento de los objetos contractuales.

Agrega que el demandante ejecutó los contratos en igualdad de condiciones a los instructores de planta, impartiendo formación profesional integral a los aprendices del SENA, la labor principal que es idéntica a la de un instructor de planta, ya que ambos están bajo los mismos diseños curriculares aportados por el SENA, existiendo subordinación de orden científico, técnico y administrativo, señala que la contratación en forma permanente se debió a la falta de personal para atender los compromisos del SENA y no en razón a los conocimientos especializados o experiencia del instructor, por lo que a entidad demandada debía haber ampliado su planta de personal y no acudir a contratos de prestación de servicios con el propósito de evitar el pago de las prestaciones sociales y la seguridad social a sus trabajadores.

Advierte que el demandante suscribió 26 contratos de prestación de servicios en un lapso de tiempo de 17 años, ejecutando las mismas labores, que no son altamente especializadas y como se puede evidenciar en cada uno de los contratos, su objeto fue el de ser *instructor* de formación profesional en el área de soldadura a los niveles técnicos, profesional y tecnólogo, que atiende el Centro Industrial y Manufacturero del SENA Regional Boyacá, labores que se pudieron desarrollar con otro instructor de planta; considera que al confrontar los elementos probados en el proceso con la doctrina, se puede establecer que se configuró una verdadera relación laboral entre las partes en *litis*, recalca que el demandante presentó reclamación ante la entidad demandada dentro de los tres años siguientes a la terminación del último contrato, por lo tanto no se genera prescripción de derechos laborales; finalmente hace un recuento normativo y jurisprudencial extenso buscado fundamentar su petición principal de acceder a las pretensiones de la demanda.

El apoderado de la **entidad demandada**, en sus alegaciones finales (fl.293-294) manifiesta que con la prueba aportada y recaudada el demandante no logro probar los elementos de una relación legal y reglamentaria, puesto que se limitó a relacionar los vínculos contractuales con la entidad demandada, agrega que no demostró el desarrollo de actividades en igualdad de condiciones que cualquier otro servidor perteneciente al SENA, así como tampoco se comprobó la subordinación directa que trascienda más allá de una relación contractual, tal como lo establece la *ratio decidendi* de las sentencias del Consejo de Estado que tratan asunto similares al acá planteado.

Resalta que de toda la documentación aportada corresponde a elementos propios de una relación contractual establecida en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios y en ese orden de ideas no se crea una presunción legal que permita considerar como laboral a una relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicios, por lo que el contratista tiene la obligación de desvirtuar la naturaleza del contrato estatal como quiera que es quien está llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral.

Finaliza señalando que existieron periodos en lo que no existió vínculo contractual como los correspondientes a los años 2000 y 2008, sin que el demandante presentara reclamación alguna, igualmente indica que existieron periodos de tiempo extensos donde no se suscribió contrato alguno entre las partes, como el lapso entre el contrato 209 de 2014 y 573 de 2015 en el que transcurrieron 4 meses y 19 días por lo que considera que es aplicable la figura de la prescripción; por lo que solicita fallar desfavorablemente las suplicas de la demanda.

La **Agente del Ministerio Público** no rindió concepto dentro de este proceso.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si entre el señor MOISES ANTONIO NIÑO CARRERA 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, para así establecer si hay lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales y demás derechos reclamados durante el tiempo en que el demandante se desempeñó como instructor en el área de soldadura en el Centro Industrial de Mantenimiento y Manufactura al servicio de la entidad demandada durante el periodo comprendido entre 1999 hasta la fecha de presentación de la demanda.

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) Regulación del contrato de prestación de servicios iii) Normativa aplicable a los Instructores del SENA iv) Presunción de subordinación y dependencia de la labor docente v) 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.

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 centro 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

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

² Consejo de Estado, Sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación número: 81001-23-33-000-2013-C0034-01(1586-14), CP Luis Rafael Vergara Quintero.

³ *Ibidem*.

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. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En el presente asunto se busca desvirtuar la forma de contratos de prestación de servicios para llegar a establecer la existencia de una verdadera relación laboral, es por ello que en primero lugar debemos referirnos al contrato de prestación de servicios, el cual se encuentra dentro del listado de contratos tipificados por la Ley 80 de 1993, en su artículo 32:

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Dicha normatividad estableció una presunción, al establecer que en ningún caso los contratos de prestación de servicios generan relación laboral, ni el reconocimiento de prestaciones sociales, sin embargo dicha presunción no hace parte de aquellas establecidas de pleno derecho, por lo cual puede ser controvertida y desvirtuada, de tal manera que asuntos como el que nos ocupa, quien pretenda demostrar la existencia de una relación laboral en desmerito de la figura del contrato de prestación de servicios esta en la obligación de demostrar los elementos constitutivos de la relación laboral, en especial la subordinación, llevando así a que se configure la primacía de la realidad sobre las formas tal y como lo señala el artículo 53 de la Constitución Política.

11. NORMATIVIDAD QUE REGULA LA LABOR DE LOS INSTRUCTORES DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA.

En razón a que los objetos contractuales ejecutados por parte del demandante Al servicio del SENA, consistieron en impartir formación profesional en calidad de **instructor**, es del caso analizar la normatividad que regula esta actividad y que ha sido referenciada por el Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B en providencia del 8 de septiembre de dos mil diecisiete 2017, Consejera Ponente, Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación número: 47001-23-33-000-2014-00094-01(4569-15), donde indico que al efecto la Ley 119 de 1994 “*Por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones*”, establece como Misión del SENA lo siguiente:

ARTÍCULO 2o. *Misión. El Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, está encargado de cumplir la función que corresponde al Estado de invertir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores colombianos; ofreciendo y ejecutando la formación profesional integral, para la incorporación y el*

desarrollo de las personas en actividades productivas que contribuyan al desarrollo social, económico y tecnológico del país.

En ese mismo sentido, como objetivos específicos a cargo del SENA y de acuerdo al componente misional, tenía entre otras los siguientes:

ARTÍCULO 3o. Objetivos. *El Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, tendrá los siguientes objetivos:*

1. Dar formación profesional integral *a los trabajadores de todas las actividades económicas, y a quienes sin serlo, requieran dicha formación, para aumentar por ese medio la productividad nacional y promover la expansión y el desarrollo económico y social armónico del país, bajo el concepto de equidad social redistributiva.*

2. Fortalecer los procesos de formación profesional integral *que contribuyan al desarrollo comunitario a nivel urbano y rural, para su vinculación o promoción en actividades productivas de interés social y económico...*

Por su parte, el Decreto 1424 de 1998 "Por el cual se establece el sistema salarial de evaluación por méritos para los Instructores del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA", definió la Educación con el siguiente tenor literal:

"ARTICULO 22. EDUCACION. Se entiende por educación el desarrollo de facultades físicas, intelectuales o morales mediante la aplicación de una serie de contenidos académicos realizados en establecimientos o instituciones educativas, públicas o privadas, oficialmente reconocidas y aprobadas, que conduzcan a la obtención de certificados, títulos o grados."

El artículo 2 del Decreto 1426 de 1998 "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos públicos del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.", clasifica el cargo de Instructor conforme con las siguientes funciones:

"Comprende los empleos cuyas funciones principales consisten en impartir formación profesional, desempeñar actividades de coordinación académica de la formación e investigación aplicada."

12. PRESUNCIÓN DE SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA EN LA LABOR DOCENTE

La función legal y misional prestada por el SENA, está definida por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto de 16 de septiembre de 2010⁴ y por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 27 de abril de 2016⁵, respecto de la labor de instructor en esta entidad señalo que la misma equivale a la labor docente para desarrollar programas de formación de educación no formal, por lo mismo se entiende que no se desarrolla de forma independiente, sino que conlleva la prestación personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos, fines y principios del Servicio Público de la Educación, esto es a las directrices impartidas, no sólo por el SENA, sino por las autoridades educativas.

En relación con la existencia de relación de trabajo con el Estado en la labor docente, el Alto Tribunal⁶ en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, precisó:

⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación No. 110010306000-2010-00089-00. CP Dr. Enrique José Arboleda.

⁵ Consejo de Estado. Rad.No. 200012331000-2011-00312-01, CP Bertha Lucía Ramírez de Páez.

⁶ Consejo de Estado. Radicación No. 230012333000-2013-00260-01, CP DR Carmelo Perdomo Cuéter.

"(..)

A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes - empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones. (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajan, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre los formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado... "

En este orden, se tiene que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios no desvirtúa la labor docente por éstos desarrollada, y dicha labor, por sus características mismas, lleva ínsita la subordinación y dependencia; por ello quien demuestre que ha sido vinculado para desarrollar actividad docente, tiene a su favor una presunción de subordinación y dependencia.

No ocurre lo mismo en tratándose de contratos para la *orientación, elaboración, formulación o implementación de proyectos*, frente a los cuales quien demanda el reconocimiento de una relación laboral debe acreditar la subordinación y dependencia del servicios prestado, pues precisamente de las características de este tipo de contrato se establece su autonomía e independencia técnica y profesional por parte del contratista.

Frente a este aspecto de suma relevancia, el H. Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia de Octubre de 2017 citada en precedencia⁷, se pronunció en los siguientes términos:

*Recuérdese que la orientación, elaboración, formulación o implementación de proyectos versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, sin embargo, ello, por sí mismo, **no se puede considerar como una actividad que esté sujeta a una subordinación y dependencia**, pues es precisamente la característica de la actividad, la que la margina de un sometimiento o "subordinación continuada" en el desarrollo de la tarea contratada.*

*Es así como, por ejemplo, el Contrato de Prestación de Servicios No. 160 de 2009 (fls. 166 a 168 c. 1), dispuso el **montaje de una unidad productiva**; o la orientación y desarrollo de los **programas de formación** (presencial y **virtual**), mediante la **formulación de proyectos** que se acordó en el Contrato No. 027 de 2011; actividades estas que por su contexto no denotan subordinación.*

Nótese como la formación virtual, también llamada "educación en línea", se refiere al desarrollo de programas de capacitación que tienen como escenario de enseñanza y aprendizaje el ciberespacio

*En otras palabras, la **educación virtual** hace referencia a que **no es necesario que el cuerpo, tiempo y espacio se conjuguen para lograr establecer un encuentro de diálogo o experiencia de aprendizaje**. Sin que se dé un encuentro cara a cara entre el profesor y el alumno, es posible establecer una relación interpersonal de carácter pedagógico. La formación virtual es, entonces, **una modalidad de la educación a distancia**, siendo este un sistema de formación independiente mediado por diversas tecnologías, con la **finalidad de promover el aprendizaje sin limitaciones de ubicación o restricciones físicas** tanto para el alumno como para el tutor.*

⁷ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia del 26 de Octubre de 2017, Página 6

A su turno, **la actividad de formulación de proyectos recae en un esfuerzo planificado, temporal y único**, es un escenario donde se aplica un método didáctico orientado a que los educandos aprendan, construyan y desarrollen las competencias del perfil adecuado, por medio de la planificación y ejecución de acciones para resolver problemas concretos del ámbito formativo. En estas condiciones, **se presenta una plena autonomía e independencia técnica y profesional por parte del contratista**, pues la labor, al recaer en la elaboración de propuestas dinámicas o planes formativos de experiencia, no está atada estrictamente al cumplimiento de lineamientos o directrices.

(...)

En ese orden, se tiene que el inciso 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (disposición normativa que rigió los contratos suscritos por el demandante), no crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. Antes, por el contrario la disposición en cita de manera expresa estableció que en ningún caso se generaría una relación de trabajo, por lo que, si el contratista recurre a la jurisdicción, está en la obligación de desvirtuar la naturaleza del contrato estatal, como quiera que es él quien esté llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral." Negrillas del Despacho.

13.PRUEBA DOCUMENTAL

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.

Así las cosas tenemos que el demandante el día 29 de octubre de 2015 elevó petición (fl.3-5) ante el SENA – Regional Boyacá solicitando el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y pago de los aportes a seguridad social que debieron cancelar con ocasión de la ejecución de los contratos, la cual fue contestada negativamente por Oficio No. 2-2015-002394 de 18 de noviembre de 2015 (fl.6-9) señalando que de conformidad con el art. 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos de prestación de servicios no generan relación laboral, ni prestaciones sociales y demás emolumentos propios de una relación laboral.

Se encuentra acreditado en el proceso que el señor MOISES ANTONIO NIÑO CARREÑO prestó sus servicios personales al SENA en el año 1999 en programas relacionados con el área contable, en el sector cerámico y alfarero; posteriormente desde el año 2001 al 2016 desarrollando su labor como instructor, impartiendo formación profesional y técnica en los programas relacionados con el bloque modular de actividades relacionadas con soldadura, tales como el módulo de carpintería metálica, forja y armador de perfiles en acero, soldadura de mantenimiento y lamina entre otras, en principio en el Centro Multisectorial de la entidad y posteriormente en el Centro Industrial de Mantenimiento y Manufactura, tal y como lo demuestran las ordenes de trabajo y/o servicio y los contratos de prestación de servicios obrantes a folio 10 al 66, las certificaciones expedidas por la misma entidad demandada obrantes a folio 67 a 72, información que es corroborada por la demandada con los documentos allegados con la contestación de la demanda visto a folios 170 a 246 y en medio magnético obrante a folio 270 del expediente, entre los que se encuentra copia de los contratos, ordenes de servicio, actas de inicio y liquidación entre otros.

La información relevante de las ordenes de trabajo y/o servicios y los contratos de prestación de servicios suscritos por el demandante y la entidad demandada, así como los lapsos de interrupción entre un vínculo y otro se encuentra relacionada en la siguiente tabla:

Tabla 1 – Periodo: 30 de marzo de 1999 al 15 de diciembre de 2016

No. Orden o Contrato	Fecha de inicio	Fecha de finalización	VALOR Y OBJETO
Orden de Trabajo No. 408 de 1999 (fl.10 y 170)	30 de marzo de 1999	30 de abril de 1999 (1 mes)	\$1.078.152 (100 horas) - Instructor en el Centro de Comercio y servicios del SENA Regional Boyacá, cursos de secretariado auxiliar contable y auxiliar de contabilidad
*** Interrupción 23 días hábiles			
Orden de Trabajo No. 834 de 1999 (fl.11 y 171)	4 de junio de 1999	4 de sept. de 1999 (3 meses)	\$3.042.072 - Apoyo en la elaboración de planes y programas del sector cerámico y alfarero en la mesa sectorial de artesanías.
*** interrupción 1 año, 5 meses y 14 días calendario			
Orden de Trabajo No. 196 de 2001 (fl.12 y 172)	19 de febrero de 2001	22 de junio de 2001 (4 meses, 3 días)	\$6.018.000 (500 horas) - Instructor en el centro multisectorial del Sena Regional Boyacá impartiendo formación profesional en el bloque modular básico de soldadura.
*** interrupción 22 días hábiles			
Orden de Trabajo No. 574 de 2001 (fl. 13 y 173)	30 de julio de 2001	14 de dic. de 2001 (4 meses y 14 días)	\$6.018.000 (500 horas) - Instructor en el centro multisectorial del Sena Regional Boyacá impartiendo formación profesional en el bloque modular básico de soldadura
***Interrupción 7 días hábiles			
Orden de Trabajo No. 960 de 2001 (fl. 14 y 174)	27 de diciembre de 2001	22 de marzo 2002 (2 meses y 25 días)	\$2.758.250 (220 horas) - Instructor en el centro multisectorial del Sena Regional Boyacá impartiendo formación profesional en carpintería metálica a la salida parcial de forjador y armador de perfilería en acero.
*** interrupción 15 días hábiles			
Orden de Trabajo No. 281 del 2002 (fl. 15 y 175)	18 de abril de 2002	28 de junio de 2002 (2 meses y 10 días)	\$3.510.500 (280 horas) - Instructor en el centro multisectorial del Sena Regional Boyacá impartiendo formación profesional en el bloque modular básico carpintería metálica a la salida parcial de forjador y armador de perfilería en acero.
*** interrupción 9 días hábiles			
Orden de Trabajo No. 577 de 2002 (fl. 16 y 176)	15 de julio de 2002	13 de dic. de 2002 (4 meses y 28 días)	\$6.268.750 (500 horas) - Instructor en el centro multisectorial del Sena Regional Boyacá impartiendo formación profesional en bloque modular básico carpintería metálica a la salida parcial de forjador y armador de perfilería en acero.
*** interrupción 1 mes y 22 días calendario			
Orden de Trabajo No. 151 de 2003 (fl. 17 y 177)	6 de febrero de 2003	27 de junio de 2003 (4 meses y 21 días)	\$5.529.038 (420 horas) - Instructor en el centro multisectorial SENA Regional Boyacá impartiendo formación profesional, bloque modular básico carpintería metálica a microempresarios del Departamento de Boyacá.
*** interrupción 13 días hábiles			
Orden de Trabajo No. 340 de 2003 (fl.18 y 178)	18 de julio de 2003	12 de diciembre de 2003 (4 meses y 29 días)	\$6.582.188 (500 horas) Objeto: Brindar formación profesional en los bloques modulares de Diseño IV, CAM y proceso de manufactura a los estudiantes de técnico profesional en Diseño Mecánico del Centro Multisectorial del Sena regional Boyacá.
*** interrupción 8 días hábiles			
Orden de Prestación de Servicios No. 848 de 2003 (fl. 19 y 179)	26 de diciembre de 2003	15 de abril de 2004 (3 meses y 18 días)	\$4.212.600 (300 horas) Objeto: Brindar formación profesional en los bloques modulares de carpintería metálica, soldadura de mantenimiento y lámina a los estudiantes del curso CAP mecánico general de mantenimiento y empresarios y microempresarios del Departamento de Boyacá, en el tipo de formación que requiera el Centro Multisectorial del Sena regional Boyacá.
*** interrupción 12 días hábiles			

No. Orden o Contrato	Fecha de inicio	Fecha de finalización	VALOR Y OBJETO
Orden de Trabajo No. 112 del 2004 (fl. 20 y 180)	4 de mayo de 2004	10 de diciembre de 2004 (7 meses y 6 días)	\$9.515.912 (677 horas) - Objeto: Brindar formación profesional en los bloques modulares de carpintería metálica, soldadura de mantenimiento y lámina a los estudiantes del curso CAP mecánico general de mantenimiento, en el tipo de formación que requiera el Centro Multisectorial del Sena regional Boyacá.
*** interrupción 4 meses y 17 días calendario			
Orden de Prestación de Servicios No. 090 de 2005 (fl. 21 y 181)	28 de abril de 2005	22 de septiembre de 2005 (5 meses y 24 días)	\$8.680.986 (560 horas) - Objeto: Brindar formación profesional en el bloque modular de forjado a los estudiantes que atiende el Centro Multisectorial del Sena regional Boyacá en el Departamento.
*** interrupción 2 meses y 28 días calendario			
Orden de Prestación de Servicios No. 0273 de 2005 (fl. 22 y 182)	21 de diciembre de 2005	15 de diciembre de 2006 (11 meses y 24 días)	\$17.268.961 (1.114 horas) - Objeto: Brindar formación profesional en los bloques modulares de conformado y armado de componentes estructurales, soldadura de acero por arco eléctrico con electrodo revestido smaw (platina), soldadura de productos metálicos por arco protegido con gas y alambre electrodo, soldadura de productos metálicos por arco protegido con gas y electrodo de tungsteno, soldadura de productos metálicos en hacer por arco sumergido saw por competencias laborales a los estudiantes que atiende el Centro Multisectorial del Sena regional Boyacá en el Departamento, de acuerdo con la planeación del centro.
*** interrupción 6 días hábiles			
Orden de Prestación de Servicios No. 187 de 2006 (fl. 23 y 183)	27 de diciembre de 2006	30 de abril de 2007 (4 meses y 3 días)	\$8.640.826 (528 horas) - Objeto: Impartir formación profesional en los bloques modulares del área de construcción y madera y mueble a los estudiantes que atiende el Centro Multisectorial del Sena regional Boyacá en el Departamento, de acuerdo con la planeación del centro.
*** interrupción 2 años 1 mes y 9 días			
Contrato de Prestación de Servicios No. 171 del 5 de julio de 2009 (fl. 24-26 y 184)	10 de junio de 2009 (fl. 70)	15 de diciembre de 2009 (6 meses y 5 días)	\$14.336.667 - Objeto: Prestar servicios profesionales para desarrollar el componente técnico y empresarial para el montaje de una unidad productiva, en el área de soldadura, en el programa "Soy una persona desvinculada de una empresa en crisis" a cargo del centro industrial de mantenimiento y de manufactura
*** interrupción 27 días hábiles			
Contrato de Prestación de Servicios No. 121 de 2010 (fl. 27-30 y 187)	27 de enero de 2010	12 de diciembre de 2010 (10 meses y 15 días)	\$26.250.000 - Objeto: Prestar los servicios técnicos de carácter temporal para implementar y desarrollar proyectos de aprendizaje en el programa de formación complementaria en el área de soldadura que brinda el Centro Industrial de mantenimiento y de manufactura Regional Boyacá
*** interrupción 42 días hábiles			
Contrato de Prestación de Servicios No. 0151 de 2011 (fl. 31-35 y 191)	5 de febrero de 2011	30 de junio de 2011 (4 meses y 27 días)	\$12.480.000 - Objeto: Prestación de servicios temporales para la orientación y desarrollo de los programas de formación de forma presencial y/o virtual mediante la formulación de proyectos en los diferentes programas de integración con la media el área de soldadura que atiende el Centro Industrial de mantenimiento y de manufactura del Sena Regional Boyacá
*** interrupción 6 días hábiles			
Contrato de Prestación de Servicios No. 358 de 2011 (fl. 36-39 y 196)	12 de julio de 2011	30 de noviembre de 2011 (4 meses y 17 días)	\$11.950.000 - Objeto: Contratar la prestación de servicios profesionales de instructor en el programa de formación regular, para la orientación de competencias laborales a través de la formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en el área de soldadura que atiende el Centro Industrial de mantenimiento y de manufactura del Sena Regional Boyacá.
*** interrupción 43 días hábiles			

Contrato de Prestación de Servicios No. 131 de 2012 (fl.40-43 y 200)	2 de febrero de 2012	1 de julio de 2012 (5 meses)	\$13.000.000 -- Objeto: Prestar los servicios profesionales de carácter temporal, para la prestación de servicios personales de instructor en el programa de formación regular, para la orientación de competencias laborales a través de la formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en el área de soldadura que atiende el Centro Industrial de mantenimiento y de manufactura del Sena Regional Boyacá
*** interrupción 7 días hábiles			
Contrato de Prestación de Servicios No. 285 de 2012 (fl.44-47 y 204)	12 de julio de 2012	5 de diciembre de 2012 (4 meses y 23 días)	\$13.680.000 - Objeto: Prestación de servicios personales en el programa de formación integración con la media del segundo semestre de la vigencia 2012, para la orientación de competencias laborales a través de la formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en el área de soldadura que atiende el Centro Industrial de mantenimiento y de manufactura del Sena Regional Boyacá
*** interrupción 33 días hábiles			
Contrato de Prestación de Servicios No. 336 de 2013 (fl.48-50 y 204)	25 de enero de 2013	12 de julio de 2013 (5 meses y 13 días)	\$16.145.250 - Objeto: Prestación de servicios profesionales temporal de instructor para atender los programas de formación de articulación con la educación media para la orientación de competencias laborales a través de la formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en el área de soldadura que atiende el Centro Industrial de mantenimiento y de manufactura
*** interrupción 13 días hábiles			
Contrato de Prestación de Servicios No. 906 de 2013 (fl.51-53 y 208)	1 de agosto de 2013	3 de diciembre de 2013 (4 meses y 2 días)	\$12.035.550 -- Objeto: Prestación de servicios profesionales de carácter temporal como instructor para atender los programas de formación de articulación con la educación media para la orientación de competencias laborales a través de la formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en el área de soldadura que atiende el Centro Industrial de mantenimiento y de manufactura.
*** interrupción 31 días hábiles			
Contrato de Prestación de Servicios No. 209 de 2014 (fl. 54-56 y 211); Adicionado en tiempo y valor	Inicial el 21 de enero de 2014 Adicional 15 de Agosto de 2014	5 de dic. de 2014 (7 meses y 11 días) Adicional Total 10 meses y 16 días)	\$22.273.596 más adición por \$9.574.623 - Objeto: Contratar la prestación de servicios temporales personales de instructor en el programa de formación de articulación con la educación media para la orientación de competencias laborales a través de la formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en el área técnico en soldadura que atiende el Centro Industrial de mantenimiento y de manufactura.
*** interrupción 37 días hábiles			
Contrato de Prestación de Servicios No. 0573 de 2015 (fl.59-56 y 216)	3 de febrero de 2015	30 de noviembre de 2015 (9 meses y 27 días).	\$31.150.000 - Objeto: Contratar la prestación de servicios temporales personales de instructor en el programa de formación de articulación con la educación media para la orientación de competencias laborales a través de la formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en el área técnico en soldadura que atiende el Centro Industrial de mantenimiento y de manufactura del Sena Regional Boyacá.
*** interrupción 40 días hábiles			
Contrato de Prestación de Servicios No. 0610 de 2016 (fl.66-66)	30 de enero de 2016	Hasta el 15 de diciembre de 2016 (10 meses y 15 días).	\$32.100.000 Contratar la prestación de servicios temporales personales de instructor en el programa de formación de articulación con la educación media para la orientación de competencias laborales a través de la formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en el área técnico en fabricación de estructuras metálicas soldadas que atiende el Centro Industrial de mantenimiento y de manufactura del Sena Regional Boyacá.

Valga precisar que el tiempo contabilizado en la tabla como días de interrupción, se cuenta en días hábiles desde el día siguiente de la fecha de finalización del contrato anterior, hasta el día anterior hábil a la fecha de iniciación del siguiente contrato y no desde la fecha de suscripción del contrato, caso en el cual para que no se configure solución de continuidad en la prestación del servicio, no habrá de transcurrir más (15) de quince días hábiles como señala el Art. 10 del Decreto Ley 1045 de 1978, norma que aunque es aplicable exclusivamente a los empleados públicos o trabajadores oficiales de nivel nacional, se cita para efecto de una mejor comprensión de la *litis* planteada, bajo el entendido que se pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral en el sector público.

Analizadas de las denominadas “Orden de Trabajo o Servicio” suscritas entre el año 1999 a 2006 (fl.10 a 23 y 170 a 183) se observa que su contenido es muy precario, pues si bien algunos actos señalan el objeto contractual, el valor y forma de pagos, en otros estipulan la ausencia de relación laboral, supervisión, las causales de interpretación, modificación y terminación del contrato, así como su forma de liquidación, no se indican las obligaciones específicas a cargo del contratante y del contratista, aspecto que es importante pues permitiría vislumbrar las reales condiciones en que se desarrollaría el objeto contratado, sin embargo pese a las falencias observadas, es indiscutible que son claras y explícitas en señalar que el demandante prestaba los servicios como **instructor** o **formador** profesional principalmente en los programas afines al bloque modular de soldadura.

Se advierte además que a partir del año **2009** la entidad demandada cambia el formato de orden de servicio y/o trabajo antes referido e implementa una nueva minuta de contrato tipo más elaborado, en el que se detallan las obligaciones de cada una de las partes, especifica la forma de pago, entre otros aspectos relevantes, que dan cuenta de un clausulado más completo, el cual permite establecer concretamente la actividad a desarrollar con el objeto contratado y demás obligaciones asumidas; llama la atención que no existe consonancia en la redacción de los objetos contractuales, sin embargo de la lectura y análisis de los mismos, se concluye que en la mayoría de los casos guardan relación entre sí, ya que están encaminados a que el contratista imparta **formación** y orientación profesional en labores relacionadas con el bloque modular de actividades derivadas de la soldadura.

Se encuentra documentada igualmente, la contraprestación económica percibida por el demandante por la labor personal ejecutada en virtud de los referidos servicios prestados, sumas que corresponden al precio acordado en los contratos de prestación de servicios, pues tal como se relaciona en la tabla elaborada por el Despacho, se detalla el valor y la forma de pago (fl.10-66, 170-246- CD, fl. 270) aspectos fácticos que se corroboran con la **certificación** (fl.76 a 84) expedida por el Coordinador del Grupo de apoyo Administrativo Mixto en relación con los pagos discriminados por mensualidades efectuados en favor del demandante.

Finalmente no se observa que dentro del proceso se hubiese practicado alguna prueba **testimonial** que en esta etapa deba ser analizada por lo que con la información arrojada al proceso y detallada en este acápite se entrara a resolver el asunto de fondo.

Según lo señalado en las órdenes de trabajo y/o servicio el demandante desempeñó actividades como Instructor y Orientador, el calificador contratista del SENA, en donde debía cumplir las obligaciones que se le señalaban, de las cuales se resaltan las siguientes: *Impartir formación profesional* (fl.10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23).

De igual manera en los contratos de prestación de servicios profesionales como **instructor** cuyo alcance del objeto se contrae a orientar formación profesional en el área de soldadura, como se observa expresamente la copia del acto jurídico que obra en el expediente, conforme a la tabla No.1 elaborada, en la cual se puede observar que el objeto del contrato y su alcance se contrae a orientar formación profesional.

Ahora bien, el Manual Específico de Funciones y Requisitos para el cargo de Instructor del SENA, aplicable al periodo en que el demandante prestó sus servicios al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, desde el año 1999, de los cuales se puede analizar los adoptados por Resolución No. 0081 del 30 de enero de 2004⁸, 1730 de 2005 y 986 de 2007 donde se detalla las labores y competencias que se deben desempeñar en dicho empleo, normas que por su carácter nacional, son de consulta pública, y de las cuales se pueden extraer las siguientes funciones:

- Preparar, orientar, desarrollar y apoyar procesos de aprendizaje en cualquiera de las estrategias de respuesta institucional para los diferentes grupos poblacionales objeto de Formación Profesional Integral.
- Evaluar el proceso de aprendizaje, las estrategias pedagógicas, el medio ambiente educativo, el rendimiento académico de los alumnos y diligenciar oportunamente los formatos correspondientes.
- Formular, ejecutar y evaluar diagnósticos que conlleven a la actualización y creación de diseños, planes, programas, procesos y productos propios de las actividades del centro de formación, acordes con su especialidad y área de desempeño, y según las necesidades del entorno.
- Capacitar y asistir técnica, empresarial y organizativamente a las comunidades, formas asociativas y empresas en sus proyectos de desarrollo socio empresarial de acuerdo con la especialidad en que imparte Formación Profesional⁹
- Determinar eficazmente los resultados de aprendizaje, identificando las acciones, los responsables, los plazos y los recursos requeridos para alcanzarlos.
- Favorecer el aprendizaje y desarrollo de los sujetos de formación.
- Estar al tanto de las circunstancias y las relaciones del ambiente educativo que influyen en el entorno organizacional ¹⁰
- Guiar y dirigir grupos y establecer y mantener la cohesión de grupo necesaria para alcanzar los resultados de aprendizaje
- Liderazgo como orientador de procesos de enseñanza - aprendizaje - evaluación
- 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
- Generar y desarrollar nuevas ideas, conceptos, métodos y soluciones a nivel pedagógico, tecnológico y de gestión educativa
- Establecer y mantener relaciones de trabajo amistosas y positivas, basadas en la comunicación abierta y fluida y en el respeto por los demás

⁸ http://www.sindesena.org/cargargas/doc_details/415-resolucion-0081-de-2004-manual-funciones.html

⁹ Resolución No. 0081 de 2004. Por el cual se adopta el Manual Específico de Funciones y de Requisitos para las diferentes categorías de los Empleos Públicos del SENA.

¹⁰ Resolución No. 1730 de 2004 Manual Específico de Funciones, Requisitos Mínimos y Competencias Laborales para los empleos públicos de la Planta de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

- *Elegir entre una o varias alternativas para solucionar un problema y tomar las acciones concretas y consecuentes con la elección realizada organizacional*¹¹

Revisadas las actividades desarrolladas el demandante en calidad de *contratista instructor, formador u orientador* al servicio de la entidad demandada y al confrontarlas con las resoluciones señaladas que adoptan el manual de funciones en especial para el cargo de instructor, se observa que si bien en su redacción son disímiles, al analizar su finalidad se deduce que guardan estrecha relación, ya que buscan la formación profesional integral de los destinatarios de los servicios del SENA, para este caso concreto en el área de **soldadura**, favoreciendo su aprendizaje y efectuando y participando en la evaluación de los resultados obtenidos, aspecto este que demuestra que efectivamente el demandante desarrollo el objeto de dichos contratos de forma similar a las funciones propias de un servidor público de planta en el cargo de *instructor* de la entidad.

Por su parte, el propósito estratégico para el cargo de instructor señalado en la Resolución No 0081 del 30 de enero de 2004 ya referida, vigente en buena parte para la época en que el demandante estuvo vinculado como contratista con el objeto de impartir formación profesional.

Propósito Estratégico: *Aplicar los conocimientos pedagógicos propios de la profesión, arte u oficio, en la formulación, ejecución, seguimiento y control de planes, programas y proyectos de Formación Profesional Integral del Centro o dependencia respectiva e impartir formación profesional integral.*

El propósito estratégico en cita, al ser confrontado con las actividades y funciones detalladas en la órdenes de trabajo o servicios y contratos suscritos por el demandante, demuestran que el demandante se encontraba cumpliendo tareas en pro de dicho propósito, el cual se logra precisamente con el cumplimiento y desarrollo de las actividades establecidas por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, tanto con los instructores que conforman su planta de personal, como las personas vinculadas mediante contrato. Por lo tanto se colige que dichas actividades, no se desarrollan de forma esporádica, sino que se itera, son de carácter **misional**.

14. CASO CONCRETO

En el presente asunto se debe establecer si nos encontramos frente a una relación laboral o por el contrario se confirma que se mantiene el régimen de vinculación del demandante a través de órdenes y contratos de prestación de servicios, para zanjar esta discusión el Consejo de Estado en varias decisiones¹² ha reiterado la necesidad de que cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: **la prestación personal del servicio, la remuneración** y en especial, **la subordinación y dependencia del trabajador** respecto del empleador, razón por la cual se hará referencia a cada uno de estos elementos.

En primer lugar se debe señalar que el acervo probatorio arrimado al proceso fue dado a conocer a las partes en Litis, sin que ninguna de ellas tachara su validez, por lo que después de su valoración se tienen como ciertos los siguientes hechos

¹¹ Resolución No. 986 de 2007 Por la cual se adopta el Manual Específico de Funciones, Requisitos Mínimos y Competencias Laborales para los empleos públicos de la Planta de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

¹² Consejo de Estado, Sentencia de 23 de junio de 2005, Expediente No. 245 CP Jesús María Lemos Bustamante.

Está demostrado que el demandante estuvo vinculado con el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA durante los múltiples periodos señalados en la tabla elaborada en esta providencia entre los años 1999 a 2013, bajo el tipo contractual de prestación de servicios, tal y como se detalló en la tabla elaborada en esta providencia, los cuales fueron ejecutados por el plazo pactado en cada uno de ellos, por lo que se advierte que aunque estos fueron suscritos de forma sucesiva, se observa que en el mayoría de los casos entre ellos existió interrupciones por más de 15 días hábiles entre la terminación de un contrato y la iniciación del siguiente, tal como desprende de los propios contratos y de las actas de iniciación o finalización.

Los objetos contractuales para los que se vinculó al demandante para el año 1999 estuvieron relacionados con la prestación de servicios como instructor en el área de secretariado auxiliar contable y auxiliar de contabilidad, así como la prestación de servicios profesionales de apoyo en la elaboración de programas del sector alfarero y de artesanías.

En los años 2001 y 2016 el demandante fue contratado para desarrollar labores como **instructor o formador profesional** dentro del bloque modular de soldadura y en actividades relacionadas tales como la carpintería metálica, perfilera en acero, soldadura de mantenimiento y lamina, soldadura de acero por arco eléctrico con electrodo revestido smaw (platina), soldadura de productos metálicos por arco protegido con gas y alambre electrodo, soldadura productos metálicos por arco protegido con gas y electrodo de tungsteno, soldadura de productos metálicos en acero por arco sumergido saw entre otras.

Dentro de los contratos los contratos No 834 de 1999, 171 de 2009, 121 de 2010, 151 de 2011, 285 de 2012, se determina que el demandante desarrolló labores relacionadas con la *orientación, elaboración, formulación o implementación de proyectos y programas*, es decir que las actividades desplegadas para cumplir con dicho objeto, no conllevaron labores instructor dentro de los programas académicos de carácter misional, sino destinados a proyectos que pudieran llamarse esporádicos o de duración específica.

Se establece que el señor Moisés Antonio Niño Carreño presentó derecho de petición ante la entidad demandada el día 29 de octubre de 2015 en busca del reconocimiento y pago del valor equivalente a las prestaciones sociales y demás emolumentos percibidos por los empleados de planta de la entidad y adicionalmente el pago de los aportes a seguridad social que debió cancelar con ocasión de la ejecución de los contratos mencionados, la cual fue negada por el SENA mediante Oficio No. 2-2015-002394 de 18 de noviembre de 2015, el cual corresponde al acto administrativo enjuiciado en este proceso.

Demostradas estas circunstancias, es del caso establecer si se configuran los tres elementos constitutivos de una relación laboral, señalados al iniciar este acápite del caso concreto.

Prestación personal del servicio.

La prestación personal del servicio consiste en la efectiva ejecución de la labor por parte del trabajador o contratista según sea la modalidad, este elemento exige el desarrollo de todo el esfuerzo personal en el desarrollo de la actividad encomendada.

Al aterrizar este concepto al caso concreto, tenemos que de la prueba documental allegada por las partes, tales como la copia de las ordenes de servicio y/o trabajo, contratos de prestación de servicios, certificaciones, acta de inicio y actas de liquidación, se puede concluir que evidentemente el demandante prestó sus servicios personales de manera personal y directa en favor del SENA Regional Boyacá como **instructor** impartiendo formación profesional y técnica en los programas relacionados con el bloque modular de actividades derivadas de la soldadura, carpintería metálica, forja y armador de perfilería en acero, soldadura de mantenimiento y lámina entre otras, claro está, sin olvidar que en el año 1999 dichas labores se concentraron en dar instrucción y apoyo en las áreas contable y del sector cerámico y alfarero

De suerte que no se discute que los servicios prestados por el demandante iniciaron en el año 1999 y se prolongaron de manera interrumpida hasta el año 2016, por lo que se encuentra acreditado el primer requisito, puesto para la ejecución de los objetos contratados, no se apoyó en personal distinto a su propia capacidad y formación profesional, cumpliendo actividades *intuitu personae*.

La remuneración.

La remuneración constituye la retribución justa en dinero o en especies de la labor ejecutada, si bien es cierto para el caso concreto y según la forma de vinculación por la modalidad de prestación de servicios se le ha denominado honorarios, es claro que las actividades desplegadas por el demandante en favor del entidad demandada fueron debidamente remuneradas, situación que es probada por las propias minutas de las órdenes de trabajo y/o servicio, los contratos de prestación de servicios, sus actas de liquidación, documentos que señalan concretamente el valor y la forma de pago cancelado al contratista por la ejecución del objeto contratado (fl. 10-66, 170-246- 224-246 CD. fl. 270) y se corrobora con la certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto del SENA que refiere los pagos mensuales efectuados en favor del demandante (fl. 76 a 84).

De esta forma queda plenamente demostrado que la labor ejecutada por el demandante y en favor de la entidad demandada conto con una remuneración, aspecto que estructura uno de los elementos necesarios para demostrar la existencia de un contrato realidad a la luz de la normatividad y jurisprudencia citada.

Vínculo contractual como instructor-presunción de subordinación

La **subordinación** es quizá el aspecto que cobra mayor relevancia en este tipo de controversias en donde se busca demostrar la existencia de un contrato realidad, y hace referencia a la sujeción del trabajador a órdenes, horarios, instrucciones, modo, tiempo o cantidad de trabajo, imposición de reglamentos y demás aspectos que limiten su autonomía e independencia.

Observa el Despacho que para aquellos contratos en los que el señor MOISÉS ANTONIO NIÑO CARREÑO para cumplir el objeto contratado, desarrolló actividades como **instructor** del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, está amparado por la presunción de **subordinación**, puesto que se asimila a la labor docente ya que se entiende que ésta no se desarrolla de forma independiente, sino que por el contrario conlleva una prestación personal y subordinada al cumplimiento de órdenes, reglamentos, planes y principios integrales del servicio público de educación, para el caso concreto el demandante debía acatar las directrices impartidas para los programas curriculares impartidos por la entidad contratante para el cumplimiento tanto del plan estratégico, como de los objetivos misionales, además que se sometía a los reglamentos que al efecto proferieran las autoridades

que regulan la labor educativa no formal en el país, circunstancias que afectan de manera directa la independencia y autonomía del demandante y desdibujan la figura contractual de prestación de servicios, llevado a concluir que el elemento de subordinación para los contratos suscritos en donde el demandante desempeña la función de instructor, se encuentra legalmente inferida y debe ser protegida en el reconocimiento de una relación laboral.

En el mismo sentido, se debe tener en cuenta que dentro de los objetos contractuales pactados entre las partes en Litis, existen algunos cuyo objeto fue brindar o impartir formación profesional, es decir que la ejecución se encamina en el cumplimiento de actividades propias de los instructores del SENA, sin que importe la denominación dada en el acto jurídico, el contratista cumple materialmente la función establecida en el artículo 2 del Decreto 1426 de 1998, que señala que cargo de **Instructor**, a saber:

*"Comprende los empleos cuyas funciones principales consisten **en impartir formación profesional**, desempeñar actividades de coordinación académica de la formación e investigación aplicada."*

Así las cosas, se establece que en los siguientes contratos No. 340 y 848 de 2003, 112 de 2004, 90 y 273 de 2005 y 187 de 2006, el demandante desarrolla actividades propias del cargo de instructor del SENA, puesto que se debía brindar o impartir formación profesional, que es propia del núcleo funcional de dicho cargo, por lo cual se tendrá que para los periodos de ejecución, el demandante se desempeñó como instructor en similares circunstancias y condiciones a la labor del docente de la planta de personal de la entidad y por ende también le es aplicable la presunción de *subordinación* antes explicada.

Valga precisar que tampoco se excluye de la presunción de subordinación el contrato **285 de 2012** cuyo objeto es la prestación de servicios personales en el programa de formación integración con la media del segundo semestre de la vigencia 2012, para la *orientación* de competencias laborales a través de la *formación por proyectos* y/o otras técnicas didácticas activas en el área de soldadura, puesto que su alcance y contenido es idéntico a las actividades ejecutadas por el demandante en calidad de **instructor** mediante los contratos No. 336 y 906 de 2013, 209 de 2014, 573 de 2015 y 610 de 2016, el cual estuvo dirigido a integrar la formación profesional para el trabajo que imparte el SENA con la educación media vocacional.

Contratos de prestación de servicios en los que no se presume subordinación

Analizado el objeto contractual de cada uno de los contratos suscritos por el demandante y respecto de los cuales reclama el reconocimiento de la relación laboral y pago de acreencias, encuentra el Despacho que algunos contratos comprenden se salen de la órbita de la labor de **instructor**, por lo tanto no puede presumirse el elemento de la *subordinación* de una relación laboral, sino que se impone al demandante la carga de probarla este elemento tal como lo señaló el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia de Octubre de 2017 citada en precedencia¹³, puesto que estos recaen sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, por lo que *"no se puede considerar como una actividad que esté sujeta a una subordinación y dependencia"*.

¹³ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia del 26 de Octubre de 2017, Página 6

En efecto, en los siguientes contratos se desarrollaron labores relacionadas con la orientación, elaboración, formulación o implementación de proyectos y programas, corresponden a actividades que no se encaminan directamente con el área misional y continua de la entidad demandada, sino que por el contrario obedecen a la ejecución de proyectos de carácter esporádico o único y que por lo tanto no son permanentes, sino de duración limitada, razón por la cual no se presume el elemento de la subordinación en los siguientes contratos: No.834 de 1999, 171 de 2009, 121 de 2010 y 151 de 2011.

En este orden, se encuentra que el demandante para tales contratos, no la *subordinación* como elemento estructurador de una relación laboral, pues en estos casos no se demostró que fueran emitidas órdenes por parte de funcionarios de la entidad demandada, como tampoco se acreditó el despliegue de poderes correctivos o requerimientos como los que se efectúan a un empleado de planta, si bien es cierto, que se allegaron las minutas de contrato, las actas de inicio y liquidación, así como certificaciones de la existencia del vínculo contractual, esta prueba documental no logra probar la *subordinación*, los cuales debieron estar encaminados a demostrar el desarrollo del contrato y no simplemente de su firma o suscripción y liquidación, es decir no se demostró por parte del demandante las verdaderas circunstancias bajo las cuales se ejecutó cada uno de estos objetos contractuales.

Bajo este escenario, se impone concluir que en realidad existió para tales contratos fue una verdadera relación de coordinación de actividades propias de los contratos de prestación de servicios regulados por la Ley 80 de 1993 en busca de un correcto cumplimiento del objeto pactado, sin que con ello se viera afectada la autonomía e independencia del demandante.

Por las razones anotadas, se desestimarán las pretensiones en lo referente a tales contratos cuyo objeto no se desarrolla para cumplir labores de instructor, sino con el montaje de unidades productivas, la orientación, elaboración, formulación o implementación de proyectos y programas, entre otros, y en consecuencia se acogen los argumentos señalados en la contestación de la demanda y en las alegaciones finales presentados por la entidad demandada basados en la *"inexistencia de la obligación"*, así como la *"buena fe"*.

15. CONCLUSION

Por todo lo analizado, ha de señalarse que entre el demandante Moisés Antonio Niño Carreño y el SENA-Regional Boyacá se suscribieron de forma interrumpida varios contratos de prestación de servicios profesionales entre el año 1999 a 2016, en los cuales a partir de la autonomía de la voluntad, las partes acordaron no constituir vínculo o relación laboral alguna entre la entidad territorial y la contratista, rigiéndose para todos los efectos legales por la Ley 80 de 1993, con base en los contratos y la prueba documental allegada se demostró que existió la prestación personal de los servicios por parte del demandante y la remuneración pactada a título de honorarios como retribución a la labor desarrollada, sin embargo en lo que respecta al tercer elemento constitutivo de una verdadera relación laboral referente a la *subordinación*, encontró el Despacho que en la mayoría de los casos el objeto contractual correspondió a la labor de instructor, la cual según la norma y jurisprudencia en cita, se asimila al ejercicio de la labor docente formal, que lleva implícita la subordinación y limitación de la autonomía e independencia del demandante.

En conclusión, se accogerán las pretensiones de la demanda tendientes al **reconocimiento de una relación laboral** para los periodos de tiempo en los cuales el demandante suscribió contratos con la entidad demandada en calidad de *instructor* o afines, los cuales corresponden a los siguientes Contratos: No 408 de 1999, 196 de 2001, 574 de 2001, 960 de 2001, 281 de 2002, 577 de 2002, 151 de 2003, 340 de 2003, 848 de 2003, 112 de 2004, 090 de 2005, 0273 de 2005, 187 de 2006, 358 de 2011, 131 y **285 de 2012**, 336 de 2013, 906 de 2013, 209 de 2014, 573 de 2015 y 610 de 2016.

Lo anterior sin perjuicio del fenómeno de la prescripción que recae respecto del reconocimiento de algunas prestaciones laborales, tema que se analiza en el capítulo que sigue.

16. PRESCRIPCIÓN EN EL CONTRATO REALIDAD

El Despacho de manera oficiosa analizara la excepción de “*prescripción*” advirtiendo que tratándose 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, 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.

En reciente época en sentencia de unificación, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹⁴ reiteró 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, y para aquellos contratos sucesivos se habrá de analizar este término desde la fecha de terminación de uno y el inicio del siguiente; de manera literal al respecto la providencia de unificación señaló:

(...) En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.

(...) Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia de 23 de Agosto de 2016. Expediente (0088-15) CE-SUJ2-005-16 M.P. Carmelo Perdomo Cuéter

Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios.

Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época. mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, si son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

Todo lo anterior, 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 se acceda al reconocimiento deprecado con fundamento en la línea jurisprudencial sostenida en el asunto.

En el presente caso está claro que el demandante suscribió contratos de prestación de servicio desde el año 1999 hasta el 2016, respecto de los cuales se presentan periodos en los que no hay vinculación entre el demandante y la entidad demandada, es decir que surgen interrupciones entre la finalización de un contrato y la iniciación del siguiente, por lo que la prescripción debe analizarse conforme al reciente pronunciamiento del Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá¹⁵ plasmada en la providencia de fecha 26 de octubre de 2017, en el que la Corporación al desatar un recurso de apelación en un caso asunto similar al que nos ocupa, fijó un criterio que es consonante con la sentencia de unificación del Consejo de Estado en cita, en la cual se fija un límite temporal para contabilizar el termino prescriptivo, en los siguientes términos:

Ahora, no pierde de vista la sala que el artículo 10 del Decreto Ley 1045 de 1973 señala:

Del tiempo de servicios para adquirir el derecho a vacaciones. Para el reconocimiento y pago de vacaciones se computará el tiempo servido en todos los organismos a que se refiere el artículo 2o. de este Decreto, siempre que no haya solución de continuidad.

Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad

Así las cosas, para determinar la existencia de la interrupción a la que hizo alusión la sentencia de unificación, ante la existencia de vinculaciones contractuales sucesivas debe examinarse si hubo solución de continuidad entre una y otra a fin de establecer si la alegada relación laboral puede considerarse finalizada y, de allí se partirá para la contabilización prescriptiva del derecho. Resaltado fuera de texto.

En este orden, el termino prescriptivo se relacionado con derechos prestacionales que no gozan del carácter irrenunciable e imprescriptible derivados del contrato realidad, es de tres años contados desde la finalizada la relación laboral y para el caso de contratos sucesivos en los que entre uno y el siguiente la interrupción es superior a 15 días hábiles, en los que dicho término se cuenta de forma individual

¹⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia del 26 de Octubre de 2016 Rad. 15239-3333-752-2015-5-258-01

Valga precisar que el tiempo contabilizado como interrupción se cuenta en días hábiles desde el día siguiente de la fecha de finalización del contrato anterior hasta el día anterior hábil de la fecha de iniciación del siguiente contrato, caso en el cual para que no se configure solución de continuidad en la prestación del servicio no habrán de transcurrir más (15) de quince días hábiles como señala el Art. 10 del Decreto Ley 1045 de 1978, norma que aunque es aplicable únicamente a los empleados públicos o trabajadores oficiales de nivel nacional, se cita para efecto de una mejor comprensión de la *litis* planteada, bajo el entendido que se pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral en el sector público.

Conforme a la Tabla No.1 elaborada en esta providencia, se reflejan los días de interrupción que trascurrieron entre la finalización de un contrato y la iniciación del siguiente, razón por la cual se colige que los contratos suscritos desde el año 1999 y hasta la firma del contrato No. 358 suscrito el 12 julio de 2011 (fl.36-39) con plazo de ejecución de 4.6 meses, finalizado el **30 de Noviembre de 2011** como señala el acta de liquidación No. 232 que reposa en el archivo magnético (fl.270 página 165) ha operado el fenómeno de la **prescripción** respecto de los derechos económicos y prestaciones pretendidos, puesto que la reclamación administrativa se presenta el **29 de octubre de 2015** (fl.3-5) por lo tanto es claro que entre estos dos extremos temporales ha transcurrido un lapso superior a tres (3) años.

Valga precisar que el siguiente contrato suscrito por el demandante con el objeto de prestar sus servicios como *instructor*, corresponde al No. 131 que data del **25 de enero de 2012** (fl.40-43) es decir habiendo transcurrido más de 15 días hábiles desde la terminación del contrato anteriormente suscrito y referido en el párrafo precedente, por lo que hay solución de continuidad entre ese contrato y el que se acaba de referenciar, sin embargo se advierte que seguidamente el demandante suscribe el contrato No. 285 del 11 de Julio de 2012 (fl.44-47) respecto del cual antes se señaló que si bien no se estipuló expresamente que se contrató en calidad de *instructor*, en el proceso se pudo establecer que las actividades a desarrollar correspondieron a esa calidad con relación a los contratos que le sucedieron.

Así habida consideración que en el interregno entre la finalización del contrato No. 131 de 2012 que data del 1 de julio de 2012 según el informe final de supervisión obrante en archivo magnético (fl.270 página 74) y la iniciación del Contrato No.285 que data del 11 de Julio de 2012 (fl.44-47) no transcurrieron más de 15 días, por lo tanto no hay solución de continuidad, de suerte que frente a los dos contratos tampoco opera el fenómeno de la caducidad puesto que se itera la reclamación administrativa para el reconocimiento prestacional fue radicada el 26 de Octubre de 2015 (fl.3-5) es decir dentro de los tres años siguientes a la fecha de finalización de éste último contrato, que data del 5 de diciembre de 2012 según acredita el informe final de supervisión obrante en archivo magnético (fl.270 página 70)

Bajo el mismo racero, respecto de los contratos suscritos en adelante, es decir respecto de los Contratos No. 336 de 2013, 906 de 2013, 209 de 2014, 573 de 2015 y 610 de 2016, de forma individual no opera el fenómeno de la prescripción, por la misma consideración jurídica que precede, ora que se observa que entre ellos persiste solución de continuidad con excepción de los contratos No. 336 y 906 de 2013, situación que influye en la liquidación del derecho al pago de vacaciones en dinero, empero no es óbice para que se liquiden las demás que corresponda a las comunes a un funcionario de la planta de personal del SENA.

En suma, no están afectados por la prescripción los derechos prestacionales que surgen desde el **25 de enero de 2012** y en consecuencia se ordenará restablecer el derecho al demandante según los parámetros que se señalan en el capítulo que sigue.

17.RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Parámetros)

Reconocimiento de relación laboral

Conforme a la tesis del contrato realidad y la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁵ se declarará la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio número 2-2015-002394 del 18 de noviembre de 2015, proferido por el Director Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA– Regional Boyacá, que negó el reconocimiento de una relación laboral entre las partes de la *litis*, así como las prestaciones sociales, bonificaciones y demás emolumentos derivados de ella.

La nulidad del acto que se decretara es parcial en razón a que existen periodos contractuales en los que efectivamente no existió relación laboral como se señaló anteriormente, así en consecuencia se ordena el restablecimiento del derecho, en primer lugar mediante la declaratoria de existencia de a relación laboral entre el señor MOISES ANTONIO NIÑO CARREÑO y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, durante los periodos comprendidos entre las siguientes fechas, a saber:

- 30 de marzo al 30 de abril de 1999
- 19 de febrero de 2001 al 30 de abril de 2007
- 12 de julio de 2011 al 30 de enero de 2016

Se exceptúa de este reconocimiento, aquellos lapsos de tiempo en que el demandante permaneció cesante, es decir sin estar vinculado mediante contrato de prestación de servicios.

Aportes pensionales

Al demandante le asiste el derecho al cómputo del tiempo en que estuvo vinculado a la entidad demandada para efectos pensionales, lo cual conlleva al pago de las cotizaciones patronales legales que se debían efectuar por dicho concepto, teniendo en cuenta que dicha prestación periódica, irrenunciable también lo es que no se somete al termino prescriptivo.

Al efecto resulta aplicable el Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993, el cual garantiza el cubrimiento de las contingencias en pensión, por eso nuestro ordenamiento jurídico señala que dicha prestación social es cubierta 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).

Por tanto, al liquidar el valor de la condena no se podrá tener en cuenta la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte patronal que el SENA no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones, teniendo en cuenta las siguientes reglas:

- a) El **periodo** para el cual el demandante tiene derecho a reconocimiento y pago diferencias en materia de aportes pensionales es el correspondiente a los periodos comprendidos entre el 30 de marzo al 30 de abril de 1999; 19 de febrero al 30 de abril de 2007 y del 12 de julio de 2011 al 30 de enero de 2016; con excepción de los interregnos en los que no hubo contrato vigente.
- b) El **ingreso** base de liquidación de las prestaciones sociales del demandante, corresponde al valor mensual pactado por honorarios en cada uno de los contratos de prestación de servicios.

¹⁵ 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.

- c) La entidad demandada deberá **reintegrar** al demandante la cuota parte patronal que no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones al que se encontraba afiliado, en el equivalente al valor que asumió en condición de contratista (*Artículos 15 y 157 de la Ley 100 de 1993*).
- d) La entidad demandada deberá **pagar** al Fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el demandante, la **diferencia** que resulte entre el valor reintegrado al contratista y el monto que debía pagar por concepto de aporte patronal al sistema general de seguridad social en pensiones o el total del aporte patronal en aquellos casos en que no se realiza aporte alguno, según corresponda, con base en el ingreso base de liquidación señalado en el literal b) de este capítulo.

Liquidación de prestaciones sociales

Las prestaciones sociales a cargo del empleador pretendidas por el demandante se señalan: *primas de servicio de junio y diciembre, prima de navidad, de vacaciones, vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima quinquenal, cesantías e intereses de las cesantías* y las demás que correspondan a las que comúnmente percibe un empleado de la planta de personal del SENA, aplicable a los periodos en que se mantuvo vinculación en calidad de instructor, formador o afines como se determinó en los capítulos que anteceden, los cuales no están afectados por el fenómeno prescriptivo, es decir desde la suscripción del contrato No. 131 del 25 de enero de 2012 (*fl. 40-43*)

Como quiera que la labor desempeñada por el demandante al servicio del SENA, se ejecutó bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, en los que el demandante percibió como retribución, un determinado valor de honorarios, en consecuencia la carga prestacional deberá liquidarse con base en el precio pactado en cada uno de los contratos por tal concepto, según lo pagado de forma mensual, circunstancia que fue esclarecida mediante la sentencia de unificación del Consejo de Estado¹⁷.

En consecuencia para liquidar la carga prestacional solicitada a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada ha de tener en cuenta los siguientes parámetros:

- a) El ingreso base de liquidación de las prestaciones sociales de demandante, corresponde al valor mensual pactado por honorarios en cada uno de los contratos de prestación de servicios.
- b) Los extremos temporales que se deben liquidar las prestaciones sociales corresponde a cada uno de los plazos pactados en los contratos de prestación de servicios, es decir aquellos durante los cuales efectivamente el demandante prestó sus servicios y no están afectados por la *prescripción*, que corresponde a los periodos de ejecución de los contratos: 131 y 285 de 2012, 336 y 906 de 2013, 209 de 2014, 573 de 2015 y 610 de 2016, cuyos extremos temporales están determinados en la tabla elaborada en esta providencia.
- c) El demandante tiene derecho a la liquidación y pago de las prestaciones sociales comunes o legales que devengada un empleados de planta de la entidad demandada.
- d) Los periodos a liquidar prestaciones sociales corresponde únicamente respecto de los cuales no recae la prescripción extintiva del derecho, sin perjuicio del reconocimiento y pago de los aportes a seguridad social en pensiones.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 23 de Agosto de 2016. Expediente (0088-15) CE-SUJ2-005-16 M.P. Carmelo Perdomo Cuéter (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados, por las razones indicadas en la motivación

18. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EXCEPCIONES

En este proceso se encuentra acreditada de manera parcial la excepción denominada *inexistencia del derecho* ya que si bien es cierto que se reconoce la existencia de una relación laboral para aquellos periodos en los que el demandante prestó sus servicios a la entidad demandada en calidad de **instructor o formador**, también lo es que no accede a tal pedimento, en relación con la ejecución de otros contratos a partir de los cuales se ejecutaron labores relacionadas con *el montaje de unidades productivas, la orientación, elaboración, formulación o implementación de proyectos y programas, entre otras*, circunstancias que demuestran que el acto administrativo enjuiciado, mediante el cual se niega el reconocimiento de la relación laboral con el demandante, en tales aspectos concretos, el acto no se haya viciado de ilegalidad, de suerte que le asiste razón a la defensa de la demandada al señalar que no hay lugar a reconocer el derecho prestacional reclamado frente a la ejecución de tales contratos.

Los anteriores argumentos, nos 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, empero la tesis sostenida en la demanda sobre contrato realidad y el hecho que no se acceda plenamente a la totalidad de las pretensiones, no proviene de dicha presunción.

Finamente en lo que respecta a la excepción planteada como *ausencia de claridad de en las pretensiones*, se debe señalar que la misma no corresponde a una excepción meritoria, por lo que revisado del sustento fáctico de la demanda y de su contestación, así como de las pruebas allegadas por las partes, llevan a concluir que las pretensiones de la demanda versaron sobre la totalidad de los contratos suscritos por el demandante con el SENA, sumado a ello, en las etapas de saneamiento y control de legalidad, la entidad demanda no hizo manifestación alguna al respecto, por lo que se tendrá por superado tal aspecto y se tendrá por no probada tal excepción.

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 la 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 accede parcialmente las pretensiones, en sentido que igualmente se declara la nulidad del

acto enjuiciado de forma parcial y se ordena el restablecimiento del derecho, también lo es que no reconoce relación laboral para aquellos periodos contractuales en donde no se demostró la subordinación como elemento integrante del contrato realidad, igualmente se declaró probada de manera oficiosa la excepción de prescripción.

21.DECISIÓN

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

FALLA:

Primero.- Declarar NO fundada la excepción denominada *"Buena fe"* y *ausencia de claridad de en las pretensiones* por las razones expuestas en esta sentencia.

Segundo.- Declarar fundada parcialmente la excepción denominada: *"inexistencia del derecho"* laboral y prestacional reclamado en relación con los contratos de prestación de servicios No 834 de 1999, 171 de 2009, 121 de 2010 y 151 de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva.

Tercero.- Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio número 2-2015-002394 del 18 de noviembre de 2015, proferido por el Director Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA - Regional Boyacá, en lo que refiere a la negación de reconocimiento de una relación laboral entre la entidad demandada y el señor MOISES ANTONIO NIÑO CARREÑO y además niega el pago de prestaciones sociales no prescritas y aquellas que se derivan de la ejecución de actividades como instructor o formador, por lo expuesto.

Cuarto.- Declarar la existencia de relación laboral entre el señor MOISES ANTONIO NIÑO CARREÑO y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, derivados de la ejecución de los objetos contractuales ejecutados por el demandante durante los periodos comprendidos entre el 30 de marzo al 30 de abril de 1999; del 19 de febrero de 2001 al 30 de abril de 2007 y del 12 de julio de 2011 al 30 de enero de 2016, con excepción de los interregnos en los que no hubo contrato vigente, periodos que se declaran **computan** para efectos pensionales, de conformidad con lo expuesto en la presente providencia.

Quinto.- A título de restablecimiento del derecho, condenar al Servicio Nacional de Aprendizaje -- Regional Boyacá a reintegrar y pagar a a favor del señor MOISES ANTONIO NIÑO CARREÑO identificado con cédula de ciudadanía No. 7.212.811, el equivalente a los porcentajes de **cotización** al sistema de seguridad social en **pensión**, en la cuota parte patronal que la entidad no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones, aplicado al periodo comprendido entre el 30 de marzo al 30 de abril de 1999; del 19 de febrero de 2001 al 30 de abril de 2007 y del 12 de julio de 2011 al 30 de enero de 2016, con excepción de los interregnos en los que no se ejecutó contrato, en la forma y parámetros señalados en la parte motiva.

Sexto.- A título de restablecimiento del derecho, condenar al Servicio Nacional de Aprendizaje -- Regional Boyacá a **pagar** en favor del señor MOISES ANTONIO NIÑO CARREÑO identificado con cédula de ciudadanía No.7.212.811, el equivalente a las **prestaciones sociales** comunes que devengan los empleados de planta de la entidad, liquidadas 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, aplicada a los periodos de ejecución de los contratos suscritos desde el **25 de enero de 2012** de conformidad con lo expuesto en la presente providencia.

Séptimo.- Declarar de oficio, parcialmente probada la excepción de **prescripción** de los derechos prestacionales derivados de los contratos suscritos por el demandante en el periodo comprendido entre el año **1999 al 2011**, con excepción de los aportes pensionales que son imprescriptibles, bajo los parámetros y por las razones expuestas en la parte motiva.

Octavo.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

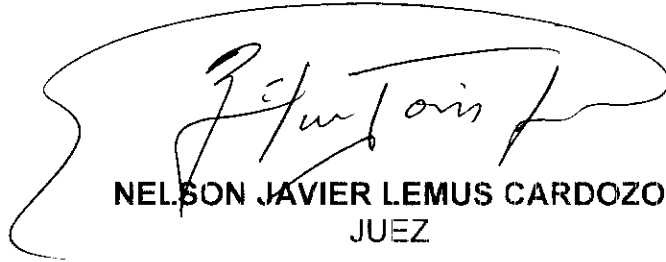
Noveno.- Las sumas resultantes a favor de la demandante, se ajustarán en su valor con base en el IPC certificado por el DANE, en aplicación de la fórmula indicada en la parte considerativa de la presente providencia.

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

Décimo primero.- No condenar en costas en esta instancia.

Décimo segundo.- 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

