



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

Sogamoso, veintiuno (21) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 157593333002-2017-00035-00
Demandante: WILSON FRACICA BALLESTEROS
Demandado: SENA

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho proferir¹ sentencia en primera instancia para decidir de fondo la demanda que ha dado origen al 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 WILSON FRACICA BELLESTEROS por intermedio de apoderado, solicita se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios No 2-2016-001471 del 26 de agosto 2016 y No 2-2016-001667 de fecha 19 de septiembre 2016 mediante los cuales el Servicio Nacional de Aprendizaje a través del Director Regional Boyacá, le negó el reconocimiento de una relación laboral, así como el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y las cotizaciones a la seguridad social y demás derechos laborales reclamados.

Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada cancelarle las prestaciones sociales, bonificaciones y demás emolumentos que sean devengados por los empleados de planta vinculados a dicha entidad, durante el periodo que prestó sus servicios a la demandada. Pretende, además, se ordene al SENA el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión que debió trasladar a la entidad a la cual se encontraba afiliado y que la demandada cumpla la sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 y siguientes del CPACA (*fl.3*).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos (*fl.1-3*) que respaldan las pretensiones de la demanda refeieren que el señor Wilson Fracica Ballesteros prestó de manera personal sus servicios como *capellán e instructor docente* al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, a partir del año 2011 hasta el 2013, cumpliendo horario de 7 am a las 4 pm de lunes a viernes, mediante diferentes contratos de prestación de servicios, a saber:

- Contrato de prestación de servicios No. 081 del 11 de febrero de 2011
- Contrato de prestación de servicios No. 215 de 13 de julio de 2011
- Contrato de prestación de servicios No. 119 de 1 de febrero de 2012
- Contrato de prestación de servicios No. 000293 de 25 de julio de 2012
- Contrato de prestación de servicios No. 000447 de 28 de Enero de 2013

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

Indica la demanda que en la ejecución de dichos contratos, el demandante recibió como contraprestación las sumas pactadas en cada contrato. Agrega que medio una continua *subordinación* por parte del SENA de tipo administrativo y técnico, de tal manera que para la ejecución de cada contrato recibió órdenes relacionadas con el modo, tiempo y lugar, siendo así que estuvo sometido al cumplimiento de horarios y programación académica impuesta por el coordinador académico de planta de la entidad para atenderlos compromisos de la entidad en el Departamento y fuera, recibió órdenes permanentes, la entidad le exigió presentar informes periódicos, evaluaciones de los estudiantes en la plataforma SOFIA PLUS, ejecutando las mismas labores en igualdad de condiciones y trabajo a las labores ejecutadas por instructores de planta.

Mediante derecho de petición con radicación 1-2016-001097 del 16 de agosto de 2016 el demandante solicita al SENA- Regional Boyacá, que le cancele el valor equivalente a las prestaciones sociales y demás emolumentos percibidos por los empleados de planta de dicha entidad y pago de los aportes a seguridad social que debieron cancelar con ocasión de la ejecución de los contratos, la cual fue contestada negativamente mediante el Oficio No. No 02-2016-001471 del 26 de agosto 2016 (fl.26-29).

De igual manera mediante escrito de fecha 30 de Agosto de 2016, el demandante solicitó al SENA se aclarara la respuesta toda vez que la información suministrada estaba completa respecto a los tiempos de trabajo y que la información por Ley anti tramites reposaba en la entidad, por tal motivo se diera respuesta de fondo a la petición inicial, la cual fue atendida mediante Oficio No.2-2016-001667 de fecha 19 de septiembre de 2016 en el sentido de indicar que no procedía aclaración y que se mantenía la respuesta dada.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir del demandante, con la expedición del acto administrativo demandado se violaron las siguientes disposiciones constitucionales y legales (fls. 3-15):

De orden constitucional: Considera que existe una flagrante violación al Art. 53 CP., en razón a que se está desconociendo a su poderdante el derecho que tiene a una remuneración justa, proporcional a la labor desarrollada, toda vez que por las características reales del contrato no se disponía de libertad de ejecución vulnerando así los derechos laborales de su representado, toda vez que el citado precepto constitucional contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas 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 servicios públicos.

Frente al tema de la supremacía de la realidad cita apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado en sentencia de 12 de mayo de 2014 radicación No.05001-23-31-000-2005806806-01(178513), en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, similar al actual proceso contra el SENA.

De orden Legal: El Art. 32 de la ley 80 de 1993 que define los contratos estatales. Advierte en su concepto de violación, que el propósito de dicha vinculación contractual es el de que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa; pero para el caso que nos ocupa tiene que ver con lo referente al desempeño de docente instructor del SENA, 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, indica que la demandada al

contratarlo utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso el contrato realidad, en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de CP.

Expone que con graves perjuicios para el trabajador se desconoció las obligaciones que generan la relación laboral como son el pago de las prestaciones sociales, la seguridad Social, la estabilidad Laboral el derecho de los trabajadores a la libre asociación, y la posibilidad de descanso remunerado, todo ello con afectación del trabajo digno de las personas, y de esta manera el Estado, a través del SENA, fomentó 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, un salario como contraprestación a sus servicios, y la subordinación, elementos que se pueden evidenciar como quiera que la labor del señor FRACICA no era independiente no disponía de su tiempo para desarrollar las actividades académicas, por el contrario se debía regir por, un horario establecidos por la entidad y estar subordinado a las indicaciones del coordinador académico y cuya formación académica estaba preestablecida en las diferentes guías académicas aprobadas por la entidad demandada.

Así mismo indica que dentro del acápite de pruebas se puede evidenciar que dentro de las ordenes que se impartían mediante correos electrónicos, está el carácter de obligatorias y la imposición de horarios toda vez que se manifiesta que mediante actos administrativos señalaban fechas de recuperación de algunos días que no se laboraban, y que sería de obligatorio cumplimiento. Tipificando de esta manera una relación laboral, toda vez que desarrolló 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 ejecutó 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 tratándose del mismo empleador, unos empleados tienen seguridad social y prestaciones sociales y a otro grupo se desconocen sus derechos, amparando su actuación en una contratación disfrazada de contrato administrativo, vulnerando el derecho a la igualdad, sin garantizar trabajo digno y justo.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA mediante apoderado judicial contestó la demanda el 19 de mayo de 2017 (fl.107-114) oponiéndose a las pretensiones formuladas por el demandante, indicando que no existió relación laboral entre este y el SENA, toda vez que solo se desempeñó como contratista a través de la celebración de varios contratos u órdenes de prestación de servicio, que debían ser ejecutados en la Regional Boyacá, los cuales no generaron relación de carácter laboral sino tan solo el pago de los honorarios pactados y por tal razón resulta totalmente improcedente el pago de prestaciones sociales, las que solo surgen de una relación laboral legal y/o reglamentaria. Igualmente presentó extensión de la contestación de demanda el día 26 de mayo de 2017 (fl.123-124) para pronunciarse sobre los hechos 1 al 5 de la demanda.

Señaló que el acto administrativo demandado se expidió conforme al ordenamiento jurídico, pues a través del mismo se negó el reconocimiento solicitado por la demandante en virtud de que no le asiste ninguno de los presuntos derechos laborales reclamados, como quiera que la vinculación de la demandante con el SENA fue a través de contratos de prestación de servicios, por tiempos definidos, contratos cuya tipología, definición y naturaleza jurídica legalmente los señala y rige el artículo 32 numeral 3 de la ley 80 de 1993.

Indicó que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha señalado que el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o tener que reportar informes sobre sus resultados, no necesariamente implica *subordinación* 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.

Propuso las excepciones denominadas:

- “*Inexistencia del derecho*” porque el acto administrativo se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico
- “*Buena fe*” bajo el argumento de que no es dable predicar la existencia de un vínculo de carácter laboral cuando la misma demandante manifestó la voluntad de prestar sus servicios mediante unos contratos regidos por la Ley 80 de 1993.
- “*Prescripción*” en caso que prosperen las pretensiones y de conformidad con los Arts. 151 del CPL, 41 del Dec. 3135 de 1968 y 102 del Dec. 1848 de 1969 y la sentencia 23001233300020130026001 del 25 de agosto de 2016 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.
- “*Ausencia de subordinación*” indicando que en la entidad no existe cargo equiparable.

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda correspondió por reparto a éste Despacho Judicial (fl.93) y una vez se verificó el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 162 del CPACA, admitió la demanda por auto de 27 de marzo de 2017 (fl.95). Notificada la demanda y dentro del término del Art. 172 del CPACA la entidad demandada dio contestación (fl.107-124).

Vencido el término de traslado de las excepciones (fls.127) se fijó fecha para audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el 4 de octubre de 2017 (fls.132-136), en la que se agotaron las etapas señaladas en el artículo 180 del CPACA.

El 15 de noviembre de 2017 se realiza la audiencia de pruebas (fls.171-172) en la que se incorporaron las documentales decretadas en audiencia inicial y se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, igualmente se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que si lo considera pertinente rindiera concepto.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la **entidad demandada**, presenta alegaciones finales (fls.174-178) señalando que el proceso se origina en el oficio expedido por el SENA que niega el reconocimiento y pago de prestaciones sociales al demandante.

Indica que el demandante, como prueba de sus pretensiones allegó los documentos relativos a los contratos por el ejecutados de manera interrumpida desde el 2011 hasta el 2013, documentos que constituyen elementos propios de una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993, sin que sea dable crear una presunción legal –*indicio*– que permita considerar como laboral a toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicios.

Agrega que de acuerdo al objeto contractual desarrollado por el demandante este implicaba el ejercicio propio y autónomo del contratista, como quiera que supone impartir inducción y orientación Espiritual a los diferentes grupos de aprendices del Sena – Regional Boyacá, no pudiendo ser obligado de manera alguna a realizar sus actividades según el querer de un supervisor, dada la naturaleza de las mismas toda vez que existía autonomía en la forma de impartir su labor.

Argumenta que no constituyen elementos de una relación de *subordinación* continuada el hecho de recibir instrucciones sobre la correcta prestación del servicio, cumplir determinados horarios o rendir informes sobre la prestación del servicio, sino que los mismos se enmarcan dentro de una relación de coordinación que debe existir en los contratos estatales de prestación de servicios profesionales a fin de velar por la correcta ejecución de los recursos públicos.

Precisa que en el expediente no obra prueba documental o testimonial que demuestre que en los contratos ejecutados por el demandante medio la subordinación, en cuanto no fue traído por la parte interesada medio de juicio como llamados de atención, memorandos, sanciones, investigaciones disciplinarias, etc., que permitan afirmar que dependía de un superior jerárquico y que recibía órdenes continuas y realmente subordinadas. Agrega que la parte demandante no probó de manera plena que las funciones que cumpliera eran iguales al personal de planta, pues no solo basta con asegurarlo sino requiere de manera efectiva comprobar que sus funciones eran también desempeñadas por personal, es decir que sus funciones encuadraban con las de un cargo contemplado dentro del manual de funciones de la entidad.

Explica que existió solución de continuidad en los contratos suscritos por el demandante siendo así que no hubo periodos vínculo contractual (años 2011 a 2013), sin que se hubiese presentado reclamación alguna por parte del demandante, siendo plenamente aplicable la figura de la prescripción conforme a las sentencias del Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016 Rad. 23001233300020130026001 y de 23 de junio 2016 rad. 68001-23-33-000-2013-00174-01, en la cual se señala un término de 15 días hábiles entre cada contrato para que opere la solución de continuidad y se solicite la declaratoria de un vínculo laboral, situación que no ocurrió en el presente caso por cuanto la solicitud de reconocimiento del vínculo laboral se efectuó el 26 de Agosto de 2016. Por anotado, solicita fallar desfavorablemente las súplicas de la demanda.

La **parte demandante** no presentó alegaciones finales y 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 las actividades ejecutadas por el demandante WILSON FRACICA BALLESTEROS en favor del SENA para ejecutar el objeto de los contratos de prestación de servicios suscritos entre ellos, implicaron el desarrollo de labores permanentes, continuas y subordinadas configurativas de un vínculo laboral.

De ser acreditada la subordinación como elemento configurativo de la relación laboral pretendida, el Despacho deberá establecer si la misma se produjo sin solución de continuidad o si en su defecto, se produjeron interrupciones que hacen aplicable el medio extintivo de la prescripción trienal.

Para llegar a una decisión respecto del conflicto planteado el Despacho considera necesario realizar un análisis frente al: *i*). principio de la primacía de la realidad sobre las formas y el contrato realidad; *ii*) las formas de vinculación con el Estado, la jurisprudencia sobre el funcionario de hecho como forma anormal de vinculación a la de la administración pública.

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 Constitucional² 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.

La Sección Segunda del Consejo de Estado³ 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 señaló⁴ que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena vigencia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

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

²CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-287 del 14 de abril de 2011, MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación No. 81001-23-33-000-2013-00034-01(1586-14), CP. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

⁴ Ibídem.

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

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

10. CONDICION DE EMPLEADO PUBLICO

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues como lo señala el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

*"Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público."*⁵

Previamente, la H. Corte Constitucional en Sentencia C-555 de 06 de diciembre de 1994⁶ refirió a la imposibilidad de equiparar contrato realidad con una relación laboral legal y reglamentaria, señalando:

*"La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional. Si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP. Sin embargo, a partir de esta premisa, no podrá en ningún caso conferirle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, **el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión**, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal. El mencionado principio agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo. **Su finalidad no puede dilatarse hasta abarcar como función suya la de aniquilar las que son formalidades sustanciales de derecho público**". (Negrita y subrayado del Despacho)*

⁵ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, CP Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda

⁶ Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, con ponencia del Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, manifestó:

"6. Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.

Y lo es, en primer término, porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores "relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad"; lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L. 80/93).

Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales."

11. FORMAS DE VINCULACIÓN CON EL ESTADO

Funcionario de hecho como forma anormal de vinculación a la administración pública.

Del artículo 125 constitucional se puede inferir que se prevén tres formas de vinculación con el Estado, a saber:

- *Por medio de una relación legal y reglamentaria, propia de los empleados públicos.*
- *Mediante una relación contractual laboral, en la cual están los trabajadores oficiales.*
- *A través de una relación contractual de carácter estatal, configurada por los contratos de prestación de servicios*

Un empleado público es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona desempeña un empleo público y pueda obtener los derechos que de ellos se derivan, son, en principio, la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, la determinación de las funciones propias del cargo y la existencia de la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de la labor (artículo 122 de la C.P.).

No obstante lo anterior, la jurisprudencia administrativa ha establecido que puede existir una relación laboral con el Estado de carácter excepcional y anormal que se ha denominado “funcionario de hecho”, que se define como una forma de vinculación a través de la cual una persona ocupa un cargo de la administración pública y cumple las funciones propias del mismo, pero su investidura es irregular.

Sobre el particular, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en sentencia de de junio 9 de 2011⁷, señaló:

“En consecuencia los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son, que exista de jure el cargo, que la función ejercida irregularmente, se haga en la misma forma y apariencia como la hubiera desempeñado una persona designada regularmente.

(...)

*En conclusión, **para que se configure la existencia de una relación de hecho es necesario que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales** y la función sea ejercidas irregularmente, pero, también puede darse cuando en empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso, debe ser objeto de protección a través del principio de la realidad frente a las formas previsto en el artículo 53 Constitucional. Además, de que el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente.”* (Negrita fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, la jurisprudencia reciente⁸ del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha determinado que para que se establezca la existencia de un funcionario de hecho, no solo se requiere que el cargo esté creado en la planta de personal de la entidad y legalmente previstas sus funciones en el reglamento de ella, sino que también surge, cuando una persona ejerce funciones públicas, con anuencia de las autoridades encargadas de controlar, permitir o impedir este tipo de situación, ello en aras de garantizar los derechos laborales de quienes se encuentran en situaciones de esa naturaleza, haciendo prevalecer el principio de la realidad sobre las formas.

12. PRUEBAS RECAUDADAS

Establecidas las premisas legales y jurisprudenciales anteriores, propician el escenario adecuado para analizar el presente caso conforme a la siguiente:

Evidencia documental:

El día 16 de Agosto de 2016, el señor Wilson Fracica Ballesteros elevó petición ante el SENA solicitando el pago del valor equivalente a las prestaciones sociales y demás emolumentos percibidos por los empleados de planta de dicha entidad y pago de los aportes a seguridad social que debieron cancelar con ocasión de la ejecución de los contratos de prestación de servicios por él ejecutados durante el periodo comprendido entre el año 2011 al 2013, la cual fue atendida negativamente por la entidad mediante Oficio No 2-2016-001471 del 26 de agosto de 2016, 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 (ffs.26-29).

⁷ Consejero Ponente Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, Radicación número: 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08).

⁸ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia de 27 enero de 2016, Exp. 1605001233100020110129701 (22722015), CP Dr. William Hernández Gómez.

El 30 de Agosto de 2016, el demandante solicitó al SENA se aclarara la respuesta dada toda vez que la información suministrada estaba completa, por tal motivo se diera respuesta de fondo a la petición inicial. La entidad demandada mediante Oficio No.2-2016-001667 (fl.25) de fecha 19 de septiembre de 2016, se pronunció indicando que no procedía aclaración y que se mantenía la respuesta dada.

Está documentada la vinculación del demandante con el SENA – Regional Boyacá durante los años 2011 a 2013 a través de cinco contratos de prestación de servicios profesionales, como dan cuenta las documentales allegadas en medio magnético con la contestación de la demanda (fl.122), igualmente obra certificaciones de honorarios pagados y copias de las actas de liquidación de los contratos suscritos por el SENA allegadas por el Director Regional (fl.149-163). Se precisan servicios discontinuos o interrumpidos conforme se relaciona en la siguiente tabla:

TABLA 1

No. CONTRATO	FECHA DE INICIO	FECHA DE FINALIZACIÓN	OBJETO
081 de 11 de febrero de 2011 (CD - fl. 122)	11/02/2011	30/06/2011 (4 meses 18 días)	\$10.580.006 Objeto: Prestar los servicios temporales para contribuir en la formación integral de los aprendices, propiciando condiciones y posibilidades que favorezcan su desarrollo humano en las distintas dimensiones y al mejoramiento de su calidad de vida, como individuos y como grupo institucional actividades previstas dentro del plan de Bienestar de Aprendices del Centro.
Interrupción: 9 días hábiles			
0215 de 13 de julio de 2011 (CD - fl. 122)	14/07/2011	16/12/2011 (5.1 meses)	\$11.730.000 Objeto: contratar los servicios profesionales de un sacerdote de forma temporal para contribuir en la formación integral de los aprendices propiciando condiciones y posibilidades que favorezcan su desarrollo humano en las distintas dimensiones y al mejoramiento de su calidad de vida como individuos y como grupo institucional, actividades previstas dentro del plan de bienestar de aprendices del centro.
Interrupción: 38 días hábiles			
119 de 01 de febrero de 2012 (CD - fl. 122)	09/02/2012	22/06/2012 (4.733 meses)	\$6.196.710 Objeto: Prestar servicios personales de carácter temporal para desarrollar y apoyar actividades definidas para la integralidad de la formación y servicios pastorales que contribuyan en la formación integral de los aprendices propiciando condiciones y posibilidades que favorezcan su desarrollo humano en las distintas dimensiones, a la comunidad educativa y proyectos de inclusión social.
Interrupción: 22 días hábiles			
0293 de 25 de julio de 2012 (CD - fl. 122)	26/07/2012	14/12/2012 (4.7 meses)	\$12.220.000 Objeto: Prestar servicios personales de carácter temporal para desarrollar y apoyar actividades definidas para la integralidad de la formación y servicios pastorales, que contribuyan en la formación integral de los aprendices propiciando condiciones y posibilidades que favorezcan su desarrollo en las distintas dimensiones a la comunidad educativa y proyectos de inclusión social.
Interrupción: 34 días hábiles			
0447 de 28 de enero de 2013 (CD - fl. 122)	30/01/2013	13/12/2013 (Total 10.5 meses)	\$28.119.000 Objeto: Prestar los servicios personales de carácter temporal, para apoyar las acciones del Plan Nacional de Bienestar del Aprendiz con el fin de promover los principios y valores en la comunidad educativa del Centro Minero, así como las actividades de capacitación y/o auditoría para el Sistema integrado de Gestión de Calidad del SENA, que acuerden las partes.

Se encuentra documentada, igualmente, la contraprestación económica percibida por el demandante por la labor personal ejecutada en virtud de los referidos servicios, las propias minutas de los contratos de prestación de servicios dan cuenta del valor y la forma de pago según lo estipulado en cada contrato, remuneración que dependía de la apropiación presupuestal correspondiente, de la misma manera obra órdenes de pago (*CD folio 134*)- y certificación sobre los pagos efectuados al demandante (*fl.151 a 152*)

Con la demanda se allegaron impresiones de pantalla de correos electrónicos en los que aparece: como remitente o bien el Coordinador Académico del SENA Centro Minero, el supervisor de contratistas, el Asesor de la Subdirección y Auditor de competencias laborales y otros, como destinatario, figura, entre otros, el demandante. Respecto de tales impresiones, se observa que tienen diversos asuntos, a saber: *“solicitudes de permiso por celebración eucarística, o asistir a un encuentro del SENA en Santa Marta, o para informar temas de orden administrativo relacionados con los reportes de evaluación.(fls.30-45)*. Es decir que tales evidencias no denotan la configuración de órdenes insoslayables o subordinadas, sino que reflejan control respecto del cumplimiento del objeto contratado, tarea propia que incumbe a la entidad contratante en aras de salvaguardar los recursos públicos destinados a su financiación.

Se allegó por parte de la demandada, en virtud del decreto oficioso de pruebas, copia del 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, esto es, Resolución No. 986 de 2007 donde se detalla las labores y competencias que se deben desempeñar en dicho empleo, mismo del que se extraen las siguientes funciones esenciales:

- *Seleccionar estrategias de enseñanza – aprendizaje- evaluación según el programa de Formación Profesional y el enfoque metodológico adoptado.*
- *Seleccionar ambientes de aprendizaje con base en los resultados propuestos y en las características y requerimientos de los aprendices.*
- *Orientar los procesos de aprendizaje según las necesidades detectadas en los procesos de evaluación, metodologías de aprendizaje y programas curriculares vigentes.*
- *Programar las actividades de enseñanza – aprendizaje- evaluación de conformidad con los módulos de formación y el calendario institucional y el Manual de Procedimientos para la ejecución de acciones de Formación Profesional.*
- *Reportar información académica y administrativa según las responsabilidades institucionales asignadas.*
- *Reportar información académica y administrativa según las responsabilidades institucionales asignadas.*
- *Evaluar la formación de los aprendices durante el proceso educativo de acuerdo con el Manual de Evaluación vigente.*

13.CASO CONCRETO

En el presente asunto se debe establecer si nos encontramos frente a una relación laboral o ante una vinculación a través de contratos de prestación de servicios, al respecto el Consejo de Estado en varias decisiones 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, por ello a fin de analizar el caso concreto lo abordaremos del estudio pormenorizado de cada una de estas circunstancias⁹.

La prueba documental no fue tachada, ni desconocida por los extremos de la Litis, sin que ninguna de ellas presentara reparos en su validez, frente a la tacha de testigos el Despacho se está a lo dispuesto en precedencia. En este orden, valoradas las pruebas en conjunto se tiene probado en primer lugar que la vinculación del señor WILSON FRACICA BALLESTEROS con la parte pasiva de la demanda, para los años 2011 y 2013, deviene de sucesivos contratos de prestación de servicios como lo reseña la tabla 1, con algunas interrupciones entre estos.

En segundo lugar, se encuentra demostrado que el objeto contractual, en general se circunscribe a prestar los servicios *temporales* para contribuir en la formación integral de los aprendices, propiciando condiciones y posibilidades que favorecieran el desarrollo humano en las distintas dimensiones y al mejoramiento de la calidad de vida, como individuos y como grupo institucional actividades previstas dentro del plan de Bienestar de Aprendices del Centro con la generación de proyectos de inclusión social, como se describe y pacta en los contratos No. 81 y 215 de 2011, 119 y 243 de 2012.

En lo que refiere al contrato 0215 de 13 de julio de 2011, se especifica que se contratan los servicios "*profesionales de un sacerdote de forma temporal*", sin embargo, cumpliendo el mismo objeto de los demás contratos referidos. Ahora bien, respecto en al Contrato No. 0447 de 28 de enero de 2013 además de fijar en iguales términos que los contratos suscritos y ejecutados en los años que preceden, se adicionó su objeto en el sentido que brindaría "*actividades de capacitación y/o auditoría para el Sistema integrado de Gestión de Calidad del SENA, que acuerden las partes*" es decir que dicha actividad pese a la denominación, no puede calificarse de labor docente para presumir la subordinación puesto que las mismas se conciben de manera temporal y para el fin específico del sistema integrado de gestión de la calidad, la cual no es misional al objeto social de la entidad, sino transversal para los procesos, conclusión a la que se llega con base en las normas que gobiernan la materia.

Como se ve, se concluye que en el caso *sub examine* se estructuran algunos de los elementos que la jurisprudencia constitucional y administrativa atrás citada ha fijado para inferir la configuración de una relación laboral subyacente, a saber: la prestación personal y remunerada del servicio; vinculación permanente del demandante mediante sucesivos contratos con algunas breves interrupciones y el desarrollo de actividades en la sede de la entidad demandada.

Ahora, en lo que respecta a la *subordinación* como elemento estructurador de una relación laboral, entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo, inverso a los anteriores, en sentir del Despacho, no se haya demostrado, puesto que se acredita meramente labores de supervisión o seguimiento frente al cumplimiento de las cláusulas contractuales, específicamente del objeto contratado, es decir que tampoco se acredita el despliegue por parte de la demandada de poderes correctivos o requerimiento propios a un empleado.

⁹ Consejo de Estado, sentencia de 23 de junio de 2005 proferida en el expediente No. 245 con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

Las pruebas documentales dan cuenta de que **no** se generó una **subordinación** del demandante, sino coordinación del objeto contratado con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.

Esta conclusión resulta obvia pues si dentro de sus informes de actividades en la capellanía con el Departamento de Bienestar del Aprendiz (fls.49-54) estaban la inducción y orientación espiritual en liderazgo y relaciones interpersonales con los grupos, la orientación espiritual personalizada con los aprendices, el dialogo y la confesión, la Consejería, la formación de jóvenes para los sacramentos de iniciación cristiana, los talleres de superación personal, apoyo del grupo de bienestar en conferencias y charlas, la participación en los Comités de evaluación. En efecto se trataba de una competencia transversal en el proceso de aprendizaje donde se debían impartir esos valores durante el proceso formativo del aprendiz, haciendo un acompañamiento ético-constructivo con el equipo interdisciplinario de bienestar y los instructores de la parte técnica para alcanzar esa competencia.

De otro lado no hay evidencia documental, ni oral, que permitan establecer que el demandante recibía órdenes en la ejecución del cometido contractual, adicional a ello no se evidencia en el control de actividades que se le asignara una intensidad horaria para impartir instrucción, es decir una carga académica definida. (fls.55-61).

Aunado a lo expuesto, para el Despacho resulta relevante el hecho que el demandante no solo ejerció el sacerdocio (celebraciones eucarísticas, confesión, consejería), sino que hizo parte de un grupo interdisciplinario, contrario a lo expuesto por el demandante ya que las actividades que cumplió en ese centro fueron el vehículo de desarrollo de su profesión sacerdotal, siempre en beneficio de los fines esenciales de la comunidad estudiantil y en cumplimiento de una relación contractual. Es de agregar que para cada uno de los programas de formación existe un perfil técnico definido para los instructores (fl.168) en donde se definen unos requisitos y una experiencia laboral relacionados con la especialidad, que definen la persona idónea para hacer el acompañamiento en la competencia y aspectos que el demandante no cumple con tales requerimientos para hacer el acompañamiento de formación técnica o tecnológica, por lo menos no se acredita.

El deber del señor Wilson Fracica Ballesteros de reportar informes sobre la ejecución del contrato, no se constituye en indicio de subordinación, por el contrario corresponde a las exigencias propias de esta tipología contractual, puesto que le es exigible a la entidad contratante verificar el correcto y cabal cumplimiento del objeto contratado como señala la Ley 80 de 1993.

En este orden, y aclarando que 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, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, en caso que se hubiere probado, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique inescindiblemente la configuración de un elemento de subordinación, sopesada la prueba de forma general, tanto la documental como la testimonial, ha de señalarse que, entre el demandante y el SENA – Regional Boyacá, lo que en realidad existió fueron sendas relaciones contractuales regidas por la Ley 80 de 1993. En igual sentido, a la luz de la sana crítica, lo acreditado en el proceso permite al Despacho afirmar, más allá de duda razonable, que en realidad las funciones que desarrollaba el demandante obedecían al cumplimiento de su objeto contractual, por tanto no existió subordinación ni dependencia laboral continua de la demandada sobre el demandante.

A manera de conclusión, ha de señalarse que entre el demandante Wilson Fracica Ballesteros y el SENA-Regional Boyacá se suscribieron, de forma interrumpida, varios contratos de prestación de servicios profesionales, en los cuales, con base en 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. Que con base en dichos contratos, y conforme a su clausulado, se dio por establecida la prestación personal del servicio y el pago de la remuneración pactada en éstos y que, la subordinación como elemento esencial estructurador del “contrato realidad”, no se acreditó.

Las anteriores razones permiten desestimar los argumentos de la demanda tendientes a que se declarara la existencia de contrato realidad, al contrario se acoge la argumentación expuesta en la contestación y alegatos finales presentados por la entidad demandada, que se concretaron en la “*inexistencia del derecho*”, así como la “*buena fe*” no desvirtuada, motivo por el cual, serán negadas las pretensiones de la demanda acogiendo la regla general sobre la carga de la prueba que señala que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si este no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda “*actore non probante, reus absolvitur*”-.

En este orden, no existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios, sin que sea contrario a la ley el vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios.

De contera se advierte que no hay lugar a la devolución de las deducciones por concepto de retención en la fuente y demás carga tributaria, en razón a que las mismas se realizan en cumplimiento de la ley que señala la causación del tributo y la forma y oportunidad para su retención, caso en el cual aplica de manera indistinta a la celebración y pago de contratos de prestación de servicios, en el que el sujeto pasivo del impuesto es el contratista y la entidad funge como agente retenedor y recaudador del mismo.

12. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EXCEPCIONES

En suma, para el Despacho que no se encuentran fundadas las excepciones denominadas “*Inexistencia del derecho*”, “*Buena Fe*” y “*ausencia de subordinación*”, pues la parte demandante no acredita que se hubiere configurado un vínculo laboral que desnaturalizó los contratos de prestación de servicios suscritos por ambas partes, por el contrario, se advierte que no se haya el elemento de subordinación como estructurador de una relación laboral.

13. CONDENA EN COSTAS

Así las cosas, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará costas a la parte demandante, sujeto procesal vencido en la sentencia, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el Código General del Proceso.

Conforme al Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijará como agencias en derecho el 4% del valor de las pretensión mas alta estimada en la demanda, que corresponde a la liquidación de la *prima* con cargo al contrato 447 de 2013 (fl. 17)

14. DECISIÓN

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

FALLA:

Primero.- Declarar fundadas las excepciones de “*inexistencia del derecho*” y “*buena Fe*” y “*Ausencia de subordinación*” propuestas por la demandada.

Segundo.- Denegar las suplicas de la demanda, conforme a la parte motiva de este proveído.

Tercero.- Condenar en costas a la parte demandante vencida en el proceso, las cuales se liquidarán por Secretaría del Juzgado aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

Cuarto.- Fijar como agencias en derecho la suma correspondiente al cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensión mas alta estimada en la demanda, que corresponde a la liquidación de la prima con cargo al contrato 447 de 2013 (fl.17) conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Quinto.- Aceptar la renuncia presentada por el abogado Juan Pablo Barreto González obrante a fls. 181-186, quien venía actuando como apoderado de la entidad demandada acorde con lo previsto en el inciso artículo 76 del C.G.P.

Sexto.- Una vez en firme ésta providencia, **archívense** las diligencias dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor, previa liquidación de costas y devolución de excedentes a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ

Dvp