



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

Sogamoso, diciembre diecinueve (19) de dos mil dieciocho (2018)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 157593333002-2017-000160-00
Demandante: NANCY RINCÓN CALIXTO
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, la señora NANCY RINCÓN CALIXTO por intermedio de apoderado, solicita se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2-2017-00088 del 19 de abril de 2017, mediante el cual el Servicio Nacional de Aprendizaje a través del Director Regional Boyacá, le negó el reconocimiento de una relación laboral, así como los derechos salariales, prestaciones sociales, bonificaciones y demás emolumentos producto de la relación laboral existente con la accionante, durante todo el tiempo laborado.

Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada cancelarle las prestaciones sociales (primas, cesantías, intereses, viáticos y aportes a seguridad social durante el periodo que prestó sus servicios a la demandada. Que la demandada cumpla la sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 y siguientes del CPACA (*fl.112-113*). Finalmente se condene en costas.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda (*fls.104-112*) se sintetizan de la siguiente forma:

Señala que la señora NANCY RINCÓN CALIXTO prestó sus servicios al Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" - Regional Boyacá a partir de año 1999 mediante diferentes contratos y/o ordenes de prestación de servicios que se prolongaron hasta el año 2016.

Señala la demanda que en la ejecución de dichos contratos desarrollo labores como 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 de técnico en sistemas a los aprendices y técnicos que atiende el Centro Industrial de Mantenimiento y Manufactura del SENA Regional Boyacá.

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).

Agrega que la ejecución de estos contratos no fue de manera temporal sino de manera permanente por una duración de 17 años ejecutando las mismas labores en igualdad de condiciones y trabajo a las labores ejecutadas por los instructores de planta, indica que no existió autonomía por cuanto el SENA impartió ordenes en cuanto al modo o contenido de tipo técnico para que se desarrollaran los cursos mediante la pedagogía de la entidad por competencias laborales las cuales debieron ser evaluadas a los alumnos por el instructor, a fin de evidenciar el desarrollo de las mismas y poderles expedir certificados profesionales.

De tal modo que las interrupciones entre contratos obedecieron a la ejecución del calendario académico que el Director General del SENA mediante resolución establecía todos los años.

Indica que el día 28 de marzo de 2017, la demandante, efectuó ante el SENA reclamación administrativa con el fin de que se reconociera la existencia de una relación laboral, y le fuera cancelado el valor equivalente a las prestaciones sociales y demás emolumentos que sean percibidos por los empleados de planta, la cual fue contestada negativamente mediante acto administrativo No. 2-2017-00887 del 19 de abril de 2017.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir de la demandante, con la expedición del acto administrativo demandado se violaron las siguientes disposiciones constitucionales y legales (*f/s. 113*):

De orden Constitucional: Arts. 1, 13, 25, 38, 39, 40, 53 y 125 de la Carta Política referente a la supremacía de la norma 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.

De orden Legal: Decreto 2400 de 1968, Art. 22 del C.S.T., Ley 909 de 2004, Art. 7 Decreto 1950 de 1973, Decreto 2503 de 1998, Ley 734 de 2002,

El Art. 32 de la ley 80 de 1993 que define los contratos estatales así 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 el artículo 53 de CP.

Expone que como lo advirtió la Corte Constitucional en sentencia C154 de 1997, la vigencia del contrato de prestación de servicios es de naturaleza temporal, pues al contratar a la demandante por aproximadamente 17 años, en forma permanente

para realizar tareas de capacitación igual a las desarrolladas por los funcionarios de planta se desconocieron 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 la demandante 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 en esta relación.

Frente al tema de la *prescripción* cita apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado radicación No. 6800112331000200900636-01, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, y resalta que en el sub lite no se presentó la figura de la prescripción en la que se insistió por la parte accionada al sustentar la apelación, pues en el presente caso la sentencia tiene carácter constitutivo del derecho y adicionalmente la demandante elevó oportunamente la reclamación ante la administración una vez culminó el vínculo contractual.

Agrega que en el caso de la demandante la labor no era independiente porque no disponía de su tiempo para desarrollar actividades académicas, por el contrario se debía regir por un horario establecido por el SENA, y estar subordinada a las indicaciones del coordinador académico, al igual que el desarrollo del programa académico estaba preestablecido por guías académicas aprobadas por la entidad demandada, al igual que el lugar donde se debía impartir la formación.

Finalmente indica que la contratista debía cumplir con las funciones de un Instructor SENA, establecidas en el manual Especifico de Funciones y Requisitos adoptado por la Resolución No.01732 de 1989, 081 del 30 de enero de 2004 y 986 de 2007, que detalla las labores y competencias que se deben desempeñar en dicho cargo. Quedando demostrado que la contratista para ejecutar los contratos cumplió con los tres elementos de la relación laboral y en consecuencia se le deben pagar las prestaciones a cargo del empleador en igualdad de condiciones a los empleados públicos en un cargo de igual categoría o superior y la seguridad social.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA mediante apoderado judicial contestó la demanda (fls. 151-160) oponiéndose a las pretensiones formuladas por la demandante, indicando que no existió relación laboral entre la señora NANCY CALIXTO RINCÓN 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, de carácter temporal, por tiempos interrumpidos, los cuales no generan relación de carácter laboral, cuya tipología, definición y naturaleza jurídica legalmente los señala y rige el Art. 32 numeral 3 de la ley 80 de 1993. Indicó que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado² 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.

² Sentencia Consejo de Estado. Sección II 23/06/2005. Subsección B Exp. 245-03 MP Jesús María Lemos Bustamante.

Señaló que del material probatorio que anexa se puede establecer que las actividades ejecutadas por la señora Rincón Calixto, podían ser desarrolladas de manera virtual tal y como se contempla en los contratos 058 de 2011, 319 de 2012, los cuales permitían una prestación del servicio virtual en la orientación y desarrollo de los programas de formación.

Prueba de ello además es la experiencia que relaciona la demandante en la hoja de vida de la función pública en la cual refiere periodos en que tuvo contratos alternos con otras entidades y el SENA:

- UPTC, Docente del área de Sistemas- periodo 02/02/2002-30/11/2002 (fl.6-8 contrato 456 de 2016).
- Colegio Sindicato de Acerías Belencito, catedrático, periodo 13/02/2001-30-08-2001 (fl.6-8 contrato 456 de 2016)
- Núñez asesores EU, prestación de servicios temporal periodo 11/01/1999-10-01-2003 (fl.6-8 contrato 456 de 2016).

Adicionalmente a lo anterior relaciona que existe reporte de horas desde el año 2010 hasta el año 2016 que dan fe que la contratista prestaba su formación de manera virtual, al contrario de lo que pretende que se le reconozca como cumplimiento de horario (CD anexo No. 02)

Considera que existieron periodos superiores entre cada contrato para que opere la solución de continuidad debiendo haber presentado la respectiva reclamación al finalizar cada uno de los contratos y de esta manera haber interrumpido la prescripción de los derechos prestacionales a que pudiese tener derecho.

Finalmente 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.
- *"Ausencia de subordinación"* el elemento subordinación, como elemento en determinante en la relación laboral no se con figura en el presente caso pues no existe cargo equiparable dentro de la entidad y que sea ejercido por un empleado de carrera por lo que no se puede alegar el haber laborado en igualdad de condiciones con otra persona de la misma entidad.
- *"Inexistencia de los elementos de una relación laboral"* como quiera que existe prueba de haber prestado el servicio de manera virtual y no solo presencial, con lo que se establece la ausencia de un cumplimiento de horario, careciendo de los elementos necesarios para configurar una relación laboral, legal o reglamentaria.
- *"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.
- *"Excepción genérica"*

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda correspondió por reparto a éste Despacho Judicial (fl. 138), una vez se verificó el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 162 del CPACA, se admitió la demanda por auto de 09 de octubre de 2017 (fl. 140). Notificada la demanda y dentro del término del Art. 172 del CPACA la entidad demandada dio contestación (fls. 151-160).

Vencido el término de traslado de las excepciones (fl. 177-178) se fijó fecha para audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el 15 de junio de 2018 (fls. 189-191), diligencia dentro de la cual se agotaron las etapas señaladas en el artículo 180 del CPACA y se fijó fecha para la práctica e incorporación de las pruebas decretadas.

El 22 de agosto de 2018 se realiza la audiencia de pruebas (fl. 221-222) en la que se incorporaron las documentales, se reciben testimonios, se practica interrogatorio de parte y se dispone prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte **demandante** presenta alegaciones finales (fls. 231-247) ratificando los argumentos de la demanda, agrega que de acuerdo a la jurisprudencia del consejo de Estado no existe *prescripción extintiva del derecho* toda vez que esta debe contarse a partir de la ejecutoria de la sentencia constitutiva del derecho.

Frente a la *subordinación* argumenta que la contratista cumplió labores docentes, instructor e instructor virtual, que recibió órdenes todo el tiempo y su labor no fue independiente cumplió con la misión del SENA, que es la formación profesional, cumplió horarios y trabajó como instructora con alumnos seleccionados por la entidad. Que de igual forma las interrupciones entre contratos se dieron como consecuencia de las vacaciones colectivas decretadas por el Director General de la demandada y la ejecución del calendario académico, refiriendo el calendario académico.

Finalmente considera que según los elementos de prueba obrantes en la demanda y confrontados con la doctrina concerniente al contrato realidad, se encuentra que en el presente caso se configuró una verdadera relación laboral entre la demandante y el SENA, a pesar de haber sido ocultada bajo la figura del contrato de prestación de servicios, por lo que solicita se ordene el pago de prestaciones sociales y seguridad social a la actora, de todos los contratos ejecutados desde el año 1999 al año 2016.

La apoderada del **SENA** presenta alegaciones finales (fl. 249-251) en los que se ratifica que deben ser desestimadas las pretensiones de la parte actora toda vez que la evidencia muestra que la señora Nancy Rincón se desempeñó en la entidad como contratista en periodos individuales e independientes conforme a las órdenes de prestación de servicios suscritas entre la demandante y la entidad que representa lo que la exime de reconocerle y liquidarle prestaciones sociales.

Indica que se encuentra demostrado con el interrogatorio de parte realizado a la demandante la plena autonomía de la contratista para cumplir con su objeto contractual en razón a que ejerció contratos simultáneos con entidades como el Colegio Sindicato Acerías Paz de Río, Núñez Asesores EU, y la UPTC por los años 1999 a 2016, con quienes indica haber cancelado lo correspondiente a seguridad social por cada contrato suscrito.

Cita apartes jurisprudenciales de la sentencia C-154 de 1997 de la Honorable Corte Constitucional la cual se encargó de esclarecer de manera clara y precisa las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato laboral, y que en aplicación de la misma al presente caso se está frente a una relación contractual y no frente a una relación de trabajo, la que la demandante pretende hace ver diferente pese a haber aceptado esta clase de contrato y relación con la entidad.

Menciona que de las pruebas aportadas, decretadas e incorporadas se concluye que toda la documentación constituyen elementos propios de la relación contractual establecida por la ley 80 de 1993.

Cita pronunciamiento del H. Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de 26 de octubre de 2017, MP Clara Elisa Cifuentes Ortiz, radicado 15239-3333-752-2015-00258-00 y resalta que el hecho de recibir instrucciones sobre la correcta prestación de servicio, cumplir determinados horarios o rendir informes sobre la prestación del mismo no construyen elementos de una relación de subordinación continuada, sino que se enmarcan en una relación de coordinación que debe existir entre los contratistas vinculados mediante contratos de prestación de servicios y la administración para la correcta ejecución de los recursos públicos. Así pues solicita se declara que no hubo ninguna relación laboral entre la señora NANCY RINCÓN CALIXTO y el SENA.

La **Agente del Ministerio Público** rindió concepto dentro de este proceso (fl.254-260) indica que se encuentra acreditado que la demandante celebró contratos de prestación de servicios con el SENA desde el 18 de enero de 1999 hasta el 16 de diciembre de 2016, con periodos interrumpidos entre cada contrato y que el objeto de los contratos relacionados tuvieron lugar a la orientación y desarrollo de programas de formación presencial y/o virtual, mediante la formulación de proyectos, así como prestar servicios como instructora, sin embargo en estos periodos la accionante no logró acreditar con prueba documental o testimonial que se configuró la relación laboral, porque en este aspecto el proceso se quedó huérfano de prueba.

De otro lado indica que con base al material probatorio allegado al expediente, se observa, que el objeto contractual estaba encaminado a la prestación de servicios personales como instructora y de acuerdo al material probatorio allegado se puede comprobar que en efecto la demandante prestó sus servicios como profesora de cátedra externa en U.P.T.C. seccional Duitama, por lo que no se puede desconocer que la misma desempeñó de manera simultánea otras actividades. Además de lo anterior en el interrogatorio de parte rendido por la actora refirió que algunos contratos los ejecutó por medio virtual y por ende en algunas ocasiones cumplía sus funciones en su casa, sin verse obligada a cumplir un horario.

Si bien la demandante acreditó que en varios años fue contratada por el SENA para desempeñar funciones como instructora por lo que se podría presumir una relación laboral, sin embargo no lo fue para los años 2002 a 2016, toda vez que se probó que en forma simultánea celebró contratos con otras entidades para la prestación de servicios como docente ocasional o por hora cátedra, por lo que se desvirtuó la aludida presunción para dicho periodos. Pero no ocurrió lo mismo para los años 1999 a 2001 ya que se probó que para este periodo si se configuró la existencia de una relación laboral, por tanto en este periodo las pretensiones de la demanda deben prosperar.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si las actividades ejecutadas por la demandante NANCY RINCÓN CALIXTO a favor del SENA para el cumplimiento del objeto de sendos contratos de prestación de servicios suscritos entre estos durante el periodo comprendido entre 1999 a 2016, implicaron el desarrollo de labores permanentes, continuas y subordinadas configurativas de un *vínculo laboral que desnaturaliza* tales contratos.

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.

9. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Naturalización de la Relación Laboral

En reciente sentencia de este año, la Subsección A del Consejo de Estado³ se pronunció sobre la naturaleza de una relación laboral con el Estado, en los siguientes términos:

(...)

“El contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: i) la prestación de servicio es personal; ii) subordinada; y iii) remunerada.

En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado como contrato realidad.

En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad, sostiene la jurisprudencia, se aplica cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales.⁴

De acuerdo con lo anterior, precisa esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo.”

Formas de vinculación con el estado

De acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano -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.

³ Consejo de Estado, CP William Hernández Gómez el 4 de octubre de 2018, en el proceso radicado bajo el número 23001-23-33-000-2013-00247-01(3753-15)

⁴ Consejo de Estado Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.

- 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.

Principio de la primacía 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 Constitucional⁵ 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 Estado⁶ 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 señaló⁷ 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.

La jurisprudencia de la Alta Corporación ha decantado que 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

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-287 del 14 de abril de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación No. 81001-23-33-000-2013-00034-01(1586-14), CP Luis Rafael Vergara Quintero.

⁷ *Ibidem*

la aludida subordinación no enmarque simplemente una relación de coordinación entre las partes contractuales para el desarrollo de la labor encomendada, de acuerdo a las particularidades de la función a desempeñar.

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

Al respecto, el H. Tribunal Administrativo de Boyacá⁸ en reciente pronunciamiento de 2017, señaló:

Cuando se discute una relación laboral en virtud de un contrato de prestación de servicios de carácter estatal, la ventaja probatoria que subyace a la presunción, la estableció el legislador a favor del contratante, y no como ocurre en el Código Sustantivo del Trabajo en el que quien presta un servicio personal no está obligado a probar que lo hizo bajo la continuada subordinación o dependencia.

Además de lo expuesto, el artículo 88 del CPACA también consagró la presunción de legalidad de los actos administrativos que niegan el reconocimiento de la relación laboral, de manera que a quien demanda, le corresponde probar sus elementos.

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.

Presunción de subordinación y dependencia ínsita en la labor docente (deber de acreditar) en caso de contratos cuyo objeto es la orientación, elaboración, desarrollo, formulación o implementación de proyectos)

La función legal y misional prestada por el SENA, misma definida por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto de 16 de septiembre de 2010⁹ y por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 27 de abril de 2016¹⁰, prevé que la labor de instructor SENA equivale a la labor docente para desarrollar programas de formación de educación no formal, por lo mismo se entiende que ésta no es 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, en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016¹¹, el H. consejo de Estado precisó:

⁸ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia del 26 de octubre de 2017 MP Clara Elisa Cifuentes Ortíz, Expediente 15239 3333 752 2015 00258 01

⁹ Consejo de Estado, Radicación No. 110010306000-2010-00089-00, CP Enrique José Arboleda.

¹⁰ Consejo de Estado, Radicación No. 200012331000-2011-00312-01, CP Bertha Lucía Ramírez de Páez

¹¹ Consejo de Estado, Radicación No. 230012333000-2013-00260-01, CP 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 trabajen, 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, conforme a la jurisprudencia mencionada, 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, desarrollo, formulación o implementación de proyectos*, frente a los cuales quien demanda el reconocimiento de una relación laboral, debe acreditar **subordinación** del servicio prestado, pues precisamente de las características de este tipo de contrato se establece una autonomía e independencia técnica y profesional por parte del contratista, como de manera reciente se ha pronunciado el H. Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de segunda instancia de fecha 26 de octubre de 2017, extensiva a las *actividades de formación virtual* en las que es menester probar fehacientemente la *dependencia*.

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.

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 está llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral.”

10. PRUEBAS RECAUDADAS

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

Evidencia documental:

Se encuentra acreditado que mediante oficio No 2-2017-000887 del 19 de abril 2017 el SENA (fl.7-8) responde de forma negativa al pago de prestaciones solicitadas mediante petición presentada por la demandante, 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 el pago de prestaciones sociales.

Está documentada la vinculación de la demandante NANCY RINCON CALIXTO con el SENA – Regional Boyacá durante el periodo comprendido entre el año 1999 a 2016, a través de varios contratos de prestación de servicios profesionales cuyo objeto contractual fue el de *impartir formación en el área de informática*, (de ello dan cuenta el clausulado contractual y el objeto mismo del contrato, cuya copia fue allegada con la demanda y en medio magnético con la contestación de la demanda, anexo a sus actas de inicio y liquidación (fls.9-71 y 169 CD);, Igualmente obra certificaciones de servicios prestados suscritas por el Subdirector del Centro Industrial de Mantenimiento y Manufactura (fl.84-93). Veamos la siguiente tabla:

Tabla 1

No. CONTRATO	Fecha de inicio	Fecha de finalización	VALOR y OBJETO
OTS 0037 del 18 enero de 1999 (fl.9 y 169)	30/01/1999	30/04/1999	Valor: \$2.587.564 Objeto: Prestar los servicios profesionales como instructora en el centro de comercio y servicios del SENA impartiendo formación en los bloques modulares de informática.
Interrupción 2 días hábiles			
OTS 687 del 05 de mayo de 1999 (fl.10-169)	05/05/1999	26/07/1999	Valor: \$3.234.456 Objeto: Prestar los servicios profesionales como instructora del centro de comercio y servicios del Sena Regional Boyacá en los cursos de demanda social impartiendo formación en los bloques modulares de informática
Interrupción 0 días hábiles			
OTS 926 de 26 de julio de 1999 (fl.11 y 169 CD)	26/07/1999	10/12/1999	Valor: \$4.743.868. Objeto: Prestar los servicios profesionales como instructora del centro de comercio y servicios del Sena Regional Boyacá en los cursos de Secretariado Aux. contable, enfermería en los bloques modulares de informática
Interrupción 49 días hábiles			
OTS 251 de 18 de febrero de 2000 (fl.12 y 169 CD)	18/02/2000	31/03/2000	Valor: \$2.424.840. Objeto: Prestar los servicios profesionales como instructora del centro de comercio y servicios del Sena Regional Boyacá en los cursos de Técnico profesional en Administración del recurso Humano y demanda social en los bloques modulares de informática
Interrupción 8 días hábiles			

OTS 0351 de 12 de abril de 2000 (fl. 13 y 169 CD)	12/04/2000	23/06/2000	Valor \$1.686.366 Objeto: Prestar los servicios profesionales como instructora del centro de comercio y servicios del Sena Regional Boyacá en los cursos Auxiliar de contabilidad, demanda empresarial en bloques modulares de informática
Interrupción superior a 7 meses			
OTS 156 del 19 de febrero de 2001 (fl. 14 y 169 CD)	19/02/2001	22/06/2001	Valor \$4.381.104 Objeto: Prestar sus servicios profesionales como instructora en el centro Multisectorial del SENA Reg. Boyacá en bloques modular de informática aplicada a los aprendices de mecánico reparador de motores Diesel.-
Interrupción 26 días hábiles			
OTS 616 de julio 31 de 2001 (Fl. 15 y .169CD)	31/07/2001	09/10/2001	Valor \$3.129.360 Objeto: Prestar los servicios profesionales como instructora en el centro Multisectorial del Sena Regional Boyacá en bloques modular de informática y aplicada a empresas del Departamento de Boyacá.-
Interrupción 53 días hábiles			
OTS 927 de 27/12/2001 (Fl. 16 y 169 CD)	27/12/2001	22/03/2002 Con suspensión3 0/12/2001 a 16/01/2002	Valor \$2.419.738 Objeto: Prestar los servicios profesionales como instructora en el centro Multisectorial del Sena Regional Boyacá en bloques modular de informática y aplicada a los empresarios del Departamento de Boyacá.-
Interrupción 16 días hábiles			
OTS 290 de abril 18 de 2002 (Fl. 17 y 169 CD)	18/04/2002	28/06/2002	Valor \$2.595.263 Objeto: Prestar los servicios profesionales como instructora en el Centro Multisectorial del Sena Regional Boyacá en bloques modular de informática y aplicada a los empresarios del Departamento de Boyacá.-
Interrupción superior a 10 meses			
OTS 252 de mayo 23 de 2003 (Fl. 18 y 169 CD)	23/05/2003	04/07/2003	Valor \$2.632.875 Objeto: Prestar los servicios en actividades de impartir formación profesional en el Centro Nacional Minero Regional Boyacá en bloques modular de informática y aplicada a los alumnos del centro y trabajadores de empresas de la región.-
Interrupción 19 días hábiles			
OTS 361 de julio 31 de 2003 (Fl. 19 y 169 CD)	31/07/2003	12/12/2003	Valor \$6.582.188, Objeto: Prestar los servicios en actividades de impartir formación profesional el Centro Nacional Minero Regional Boyacá en bloques modular de informática y aplicada a los alumnos del centro y trabajadores de empresas de la región.-
Interrupción 6 días hábiles			
OTS 791 de diciembre 23 de 2003 (Fl. 20 y 169 CD)	23/12/2003	30/06/2004	Valor \$8.726.100, Objeto: Prestar los servicios en actividades de impartir formación profesional en el Centro Nacional Minero Regional Boyacá en bloques modular de informática y aplicada a los alumnos del centro y trabajadores de empresas de la región.-
Interrupción superior a 12 meses			
OPS 170 de Julio 14 de 2005 (Fl. 21 y 169 CD)	14/07/2005	12/12/2005	Valor \$7.750.880 Objeto: Prestar los servicios profesionales en actividades de brindar formación a los estudiantes que atiende el Centro Multisectorial del Sena en bloques modular de informática dentro del programa de jóvenes rurales.
Interrupción 30 días hábiles			
OPS 109 de enero 25 de 2006 (Fl. 22 y 169 CD)	25/01/2006	16/12/2006	Valor \$16.365.200 Objeto: Prestar los servicios en actividades de brindar formación profesional en los bloques modulares del área básica y transversales a los estudiantes del el Centro Multisectorial del SENA
Interrupción 7 días hábiles			

OPS 183 de diciembre 27 de 2006 (Fl. 23 y 169 CD)	27/12/2006	14/04/2007	Valor \$5.400.516 Objeto: Prestar sus servicios en actividades de impartir formación profesional en los bloques modulares del área básica y transversales a los estudiantes del el Centro Multisectorial del SENA
Interrupción 9 días hábiles			
OPS 092 de abril 26 de 2007 (Fl. 24 y 203 CD)	26/04/2007	17/12/2007	Valor \$14.262.272 Objeto: Prestar los servicios de brindar formación profesional en los bloques modulares del área básica y transversales a los estudiantes del el Centro Multisectorial del SENA
Interrupción 53 días hábiles			
OPS 109 de marzo 5 de 2008 (Fl. 25 y 169 CD)	05/03/2008	30/06/2008	Valor \$8.858.563 Objeto: Prestar los servicios en actividades de impartir formación profesional en los bloques modulares del área de sistemas que atiende el Centro de Gestión Administrativa y Fortalecimiento Empresarial
Interrupción 53 días hábiles			
Contrato 196 de septiembre 15 de 2008 (Fl. 26-28 y 169 CD)	25/09/2008	15/12/2008	Valor \$4.081.260 Objeto: Prestar los servicios como instructora para orientar formación profesional en el área de manejo y desarrollo de tecnologías informáticas en el programa jóvenes en acción en diferentes municipios
Interrupción 29 días hábiles			
Contrato 064 de enero 29 de 2009 (Fl. 29-31 y 169 CD Adicional (fl.32)	04/02/2009	03/12/2009 Adicional 15/12/2009	Valor \$23.092.000 Adicional \$923.680 Objeto: Prestar los servicios como instructora contratista orientando horas de formación profesional en el área de Diseño e integración de multimedia en Centro Industrial y Manufactura
Interrupción 22 días hábiles			
Contrato 030 de enero 20 de 2010 (Fl.33-36 y 169 CD)	20/01/2010	30/11/2010	Valor \$27.000.000 Objeto: Implementar y desarrollar proyectos de aprendizaje en el programa de formación regular en el área de desarrollo de multimedia que brinda el Centro Industrial de mantenimiento y manufactura
Interrupción 42 días hábiles			
Contrato 058 de enero 28 de 2011 (Fl.37-41 y 169 CD)	01/02/2011	30/06/2011	Valor \$13.000.000 Objeto: Prestación de servicios temporales para la orientación y desarrollo de los programas de formación presencial y/o virtual mediante la formulación de proyectos en el área de sistemas del Centro Industrial de mantenimiento y manufactura
Interrupción 6 días hábiles			
Contrato 315 de julio 11 de 2011 (Fl.42-45 y 169 CD)	11/07/2011	16/12/2011	Valor \$11.960.000 Objeto: Instructora en el programa de formación regular para la orientación de competencias laborales a través de la formación de proyectos y/o otras técnicas didácticas en el área de sistemas del Centro Industrial de mantenimiento y manufactura.
Interrupción 25 días hábiles			
Contrato 071 de enero 23 de 2012 (Fl.46-49 y 169 CD)	23/01/2012	04/07/2012	Valor \$13.520.000 Objeto: Instructora en el programa de formación virtual , para la orientación de competencias laborales a través de la formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en el área de sistemas del Centro Industrial, mantenimiento y manufactura
Interrupción 6 días hábiles			
Contrato 319 de julio 12 de 2012 (Fl.50-53 y 169 CD Adicional (fl.54)	12/07/2012	03/12/2012 Adicionado en 0.5 meses 18/12/2012	Valor \$12.825.000 Adicional 1.425.000 Objeto: prestar servicios en el programa de formación regular complementaria para la orientación de competencias laborales a través de la formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en los programas de complementaria virtual y/o presencial del Centro Industrial de mantenimiento y manufactura
Interrupción superior a 7 meses			

Contrato 891 de julio 29 de 2013 (Fl.56-58 y 169 CD)	29/07/2013	30/11/2013	Valor \$12.035.550 Objeto: prestar servicios de Instructora para atender los programas de formación de la línea de acción de articulación con la educación media, para la orientación de competencias laborales a través de formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en el área de técnico en electrónica del Centro de mantenimiento y manufactura Regional Boyacá
Interrupción 31 días hábiles			
Contrato 179 de enero 17 de 2014 (Fl.59-61 y 169 CD) Adicional (fl.62-63)	17/01/2014	30/08/2014 Adicionado en 3 meses 09/12/2014	Valor \$22.273.596 Adicional \$9.977.765 total 32.251.361 Objeto: prestar servicios temporales como Instructora para atender los programas de formación articulación con la educación media, para la orientación de competencias laborales a través de formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en el área técnico en sistemas que atiende el Centro de mantenimiento y manufactura.
Interrupción 33 días hábiles			
Contrato 548 de enero 29 de 2015 (Fl.64-67 y 169 CD)	29/01/2015	30/11/2015	Valor \$31.150.000 Objeto: Prestar servicios como Instructora para atender el programa de formación articulación con la educación media, para la orientación de competencias laborales a través de formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en el área técnico en sistemas del Centro de mantenimiento y manufactura - Regional Boyacá.
Interrupción 39 días hábiles			
Contrato 456 de enero 29 de 2016 (Fl.68-71 y 169 CD)	29/01/2016	16/12/2016	Valor \$32.100.000 Objeto: Prestar sus servicios como Instructora para atender los programas de formación: articulación con la educación media, para la orientación de competencias laborales a través de formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en el área Técnico en Sistemas que atiende el Centro de mantenimiento y manufactura del SENA Regional Boyacá.

Se encuentra documentada, igualmente, la contraprestación económica percibida por la 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 (fl.9-71).

Se allegó con la contestación de la demandada, un CD (fl.169) contentivo del expediente contractual de la señora Nancy Rincón Calixto, que reposa en los archivos del SENA. Dentro del mismo en el archivo denominado contrato 1999-2003 se encuentra consignada la hoja de vida de la demandante (pag. 86), donde se relaciona la siguiente experiencia laboral para los periodos que nos ocupan:

- Instructora de informática, SENA, 1998- hasta la fecha
- Docente de Informática, Colegio Sindicato Acerías Belencito, 2001
- Docente de Informática, Colegio Sindicato Acerías Belencito, 2001-2002.
- Catedrático U.P.T.C., 2002.

Se allegó respuesta de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia U.P.T.C. (fls.,215-216) suscrita por el Vicerrector Académico, mediante la cual remite certificación laboral de la docente NANCY RINCÓN CALIXTO de la cual se puede extraer lo siguiente:

Tabla 2

NUMERO CONTRATO	OBJETO	TERMINO DEL CONTRATO
S/N	PROFESORA CATEDRA EXTERNA	Primer semestre de 2002
S/N	PROFESORA CATEDRA EXTERNA	12-08-2002 / 20-12-2002
S/N	PROFESORA CATEDRA EXTERNA	12-08-2003 / 28-11-2003
S/N	PROFESORA CATEDRA EXTERNA	16-02-2004 / 11-06-2004
S/N	PROFESORA CATEDRA EXTERNA	17-08-2004 / 03-12-2004
RES. 0619	PROFESORA OCASIONAL TIEMPO COMPLETO	14-02-2005 / 14-12-2005
RES. 0748	PROFESORA OCASIONAL TIEMPO COMPLETO	10-02-2006 / 10-12-2006
RES. 3819	PROFESORA OCASIONAL TIEMPO COMPLETO	PRORROGA HASTA 22-12-2006
RES. 1076	PROFESORA OCASIONAL TIEMPO COMPLETO	21-02-2007 / 21-12-2007
S/N	PROFESORA CATEDRA EXTERNA	28-08-2008 / 28-11-2008
CONT. 102	PROFESORA CATEDRA EXTERNA	22-02-2010 / 25-06-2010
CONT. 96	PROFESORA CATEDRA EXTERNA	06-08-2010 / 26-11-2010
CONT. 488	PROFESORA CATEDRA EXTERNA	01-09-2011 / 25-11-2011
CONT. 641	PROFESORA CATEDRA EXTERNA	04-06-2012 / 13-07-2012
CONT. 234	PROFESORA CATEDRA EXTERNA	18-02-2013 / 21-06-2013
CONT. 92	PROFESORA CATEDRA EXTERNA	05-08-2013 / 29-11-2013
CONT. 30	PROFESORA CATEDRA EXTERNA	16-02-2015 / 19-06-2015
CONT. 517	PROFESORA CATEDRA EXTERNA	01-09-2015 / 04-12-2015
RES. 4182	PROFESORA OCASIONAL TIEMPO COMPLETO	01-09-2016 / 16-12-2016
RES. 3088	PROFESORA OCASIONAL MEDIO TIEMPO	20-02-2017 / 23-06-2017
RES. 5235	PROFESORA OCASIONAL TIEMPO COMPLETO	01-08-2017 / 30-11-2017
RES. 5762	PRORROGA VINCULACIÓN	HASTA 06-12-2017
RES. 6589	PROFESORA OCASIONAL TIEMPO COMPLETO	HASTA 15-12-2017

En otro aspecto, el Director Regional Boyacá del SENA remite certificación en la que indica el número de instructores de planta existentes entre el año 1999-2016 en área de informática y afines (*fl.217*) y en medio magnético (*fl.219*) se allegó los siguientes documentos:

- (i) Copia de las resoluciones sobre calendario académico y de labores de los Centros de Formación Profesional del SENA, proferidas por el Director General desde el año 1999 al año 2016
- (ii) Resoluciones por medio de las cuales el Director General del Sena autoriza el disfrute de vacaciones colectivas decretadas del año 2007 al año 2016.
- (iii) Resoluciones mediante las cuales se adoptó el manual de funciones del Instructor SENA.

Medios de prueba de fuente oral:

En audiencia de pruebas realizada el 22 de agosto de 2018 (*fl.221-222*) se recibe el **testimonio** del señor LUIS RAFAEL MERCHÁN GONZÁLEZ, quien manifestó conocer a la señora Nancy Rincón Calixto, afirmando que al igual que él mismo, impartió formación en el SENA y en razón a ésta circunstancia conoció de su prestación de servicios profesionales a favor de la entidad demandada.

En síntesis el testigo manifestó lo siguiente: señala que cuenta con formación profesional como Ingeniero Electromecánico y trabaja como instructor de planta del SENA. Señala de manera concreta que conoce de la relación como contratista de la demandante desde el año 2005 hasta el 2016, con quien en ocasiones compartía actividades, cumpliendo horarios que variaban según las jornada programada que podría ser en la mañana (6:00 a 12:00), en la tarde (2:00 a 6:00) o en la noche (6:00 a 10:00 o 12:00), de acuerdo a los grupos asignados, toda vez que ella no tenía horario fijo establecido, bien fuera dos horas en la mañana, o dos en la tarde, o dos en la noche para cumplir la carga académica, los cuales fueron ejecutadas generalmente en las sedes de Sogamoso y Duitama; indica de manera impersonal o general que las actividades se cumplían de forma *subordinada* al Subdirector del Centro y del Coordinador académico, quienes elaboraban el diseño curricular y

establecían las necesidades que se debían atender para dar cumplimiento al cronograma de la entidad; agrega que el desempeño se realiza en igualdad de funciones y horarios que un instructor de planta, debiendo rendir informes sobre las actividades desarrolladas. Señala que la Entidad demandada facilitaba los materiales didácticos y equipos dentro de las mismas instalaciones o con las empresas que se tuviera convenio.

En el **interrogatorio de parte** recibido a la demandante NANCY RINCÓN, prueba solicitada por la apoderada de la entidad demandada, la deponente manifiesta que ostenta título de profesional y especialista en el área de la informática que actualmente se desempeña como docente en la U.P.T.C.; precisó que se vinculó como contratista con el SENA desde año 1999 y hasta el 2016, mediante contratos que no fueron homogéneos, agrega que para el cumplimiento del objeto contractual recibía órdenes, además debía cumplir un horario que era verificado por el Coordinador del Programa. Explica que algunos contratos fueron desarrollados de manera virtual desde la sede del SENA o desde la casa y otros a través de la formulación de proyectos dentro de las sesiones de clases con los aprendices, no obstante lo anterior, reconoce que desarrolló de manera conjunta ordenes de servicio con el SENA y otras entidades públicas y privadas (U.P.T.C., Colegio Sindicato Acerías Belencito y la empresa Núñez Asesores) pese a que no respondió la pregunta de “si había realizado actividades con esta última firma de 1999 a 2003”, si lo hizo respecto a haber realizado pagos de seguridad social en pro del desarrollo de dichos objetos contractuales.

11. CASO CONCRETO

En el presente asunto se debe establecer si nos encontramos frente a una relación laboral o ante una desnaturalización del contrato de prestación de servicios, al respecto 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, por ello a fin de analizar el caso concreto abordaremos el estudio de estas circunstancias.

De la ponderación específica de las pruebas se tiene en primer lugar que está acreditada la vinculación de la señora Nancy Rincón Calixto con el SENA Regional Boyacá, durante periodos de ejecución contractual en los años 1999 a 2016, mediante la suscripción de sucesivos contratos de prestación de servicios cuyo objeto y cláusulas esenciales se fueron detallados en la tabla 1 elaborada por el Despacho, con algunas interrupciones entre estos.

En efecto, el objeto contractual en los todos contratos referidos, era prestar sus servicios profesionales como Ingeniera de Sistemas fungiendo actividades como instructora, formadora u orientadora en el área de informática, en la mayoría de los casos de forma presencial y en menor rango de manera virtual, destinada a la población que atiende la entidad demandada, bien fuera en los Centros de Formación o con actividades académicas externas bajo la metodología de formación por proyectos, jueves rurales o articulación con la educación media en el área técnica en sistemas.

Se examina en adelante, si como lo pretende la demanda se encuentran los elementos esenciales de una relación laboral.

¹² ¹² Entre otros, sentencia de 26 de julio de 2018, expediente No. 66001-23-31-000-2011-00243-01(0130-14), CP. Dr. Rafael Francisco Suarez Vargas.

La 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 arrojada al proceso, tales como la copia de los contratos de prestación de servicios (*Tabla 1*) y las certificaciones expedidas por mismo SENA (*fl.73-93*), se puede colegir que la señora NANCY RINCÓN CALIXTO prestó sus servicios profesionales de forma personal y directa en favor del SENA Regional Boyacá.

De suerte que no se discute que los servicios prestados por el demandante iniciaron en el año 1999 y se prolongaron con algunas interrupciones 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*.

El objeto general de los contratos suscritos entre la demandante y el SENA Regional Boyacá, era prestar sus servicios profesionales como instructor en el área de informática, de manera presencial y/o de manera virtual, como lo señaló con ahínco en su declaración el testigo señor LUIS RAFAEL MERCHÁN GONZÁLEZ, quien manifestó que conoció a la demandante desde el año 2005 hasta el 2016, periodo en el que le consta que desarrolló sus actividades en distintos horarios que variaban según la jornada programada: de (6:00 a 12:00; 2:00 a 6:00 o de 6:00 a 10:00) aclarando que actualmente es a 12:00 pm, el cual dependía de la asignación de grupos, indicando que para completar la carga académica, impartía formación adicional de dos horas en la mañana o dos en la tarde o dos en la noche, hasta cumplir la programación.

En este caso, no se discute que los servicios prestados por la 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 la demandante en favor de la entidad demandada fueron debidamente remuneradas, situación que es probada por las propias minutas de los contratos de prestación de servicios, sus actas de liquidación y órdenes de pago (*CD. folio 169*) y específicamente se allega certificación (*fl.73-80*) expedida por el Coordinador del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto del SENA Sogamoso, en el que señala concretamente el valor y la forma de pago cancelado a la contratista por la ejecución del objeto contratado.

De esta forma queda plenamente demostrado que la labor ejecutada por la demandante y en favor de la entidad demandada contó 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.

La subordinación

La subordinación es quizá el aspecto que cobra mayor relevancia en este tipo de controversias litigiosas 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.

En lo que respecta a la ejecución de los contratos anteriormente relacionados en la tabla 1 de esta providencia, si bien, dichos contratos tuvieron como objeto que la contratista preste sus servicios profesionales, mediante actos jurídicos denominados “*Ordenes de Trabajo o Servicio (OTS)*”, cuyo objeto contractual durante el periodo comprendido entre 1999 al 2002 fue concretamente el de instructora, mientras que en los contratos que le siguieron desde el año 2003 fue el de *impartir o brindar formación en el área de informática*, actividad que de acuerdo a la documentación que conforma la etapa pre-contractual de la señora Nancy Rincón Calixto, deviene de las decisiones adoptadas por el Comité encargado de la selección de **instructores** de acuerdo a la hoja de vida y perfil profesional, que en el caso de la demandante, obedecía a tales requerimientos y necesidades, conclusión que además la documenta el certificado de disponibilidad presupuestal y su destino específico (fl. 169).

En el año 2005 se cambia la denominación del acto jurídico por “*Orden de Prestación de Servicios (OPS)*” y a partir del año 2008, se abandonan los formatos antes explicados y el SENA suscribe con la señora Nancy Rincón Calixto, Contratos más elaborados o complejos que contienen además de los requisitos esenciales como son el objeto, plazo y valor, sendas cláusulas que definen las obligaciones del contratista y de la entidad, cláusula penal determinación de la fuente de financiación, forma de pago, inhabilidades e incompatibilidades, multas y cláusula penal pecuniaria, cláusulas exorbitantes de interpretación, modificación y terminación anticipada, posibilidad de ceder el contrato, perfeccionamiento y liquidación.

Valga resaltar que en tales contratos se estipula una cláusula de ausencia de relación laboral, empero, conforme al acervo probatorio, se establece la ineficacia de la misma, puesto que se logra demostrar en este caso la existencia de una relación laboral desde la vista fáctica, como se analiza en seguida, adelantando que en estos contratos en los que de igual manera se señala que el objeto recae en prestar servicios profesionales para impartir o brindar formación de manera temporal, obedece a una mera formalidad porque en realidad se está vinculando a la demandante en calidad de instructora, para que cumpla actividades misionales de formación propias de la entidad.

Todo lo anterior deja en evidencia que independientemente de la denominación dada en el acto jurídico - contrato, la contratista demandante debió brindar o impartir formación profesional, es decir que la ejecución de los contratos por el suscrito con la demandada se encaminaron al cumplimiento de actividades propias de los instructores de ésta, por lo que ha de tenerse que la demandante cumplió 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.”

Se establece entonces que para la ejecución de los objetos contratados, la demandante ejecutó actividades de enseñanza o formación académica, que se asimila a la labor de instrucción, en desarrollo de las cuales debió acatar las directrices dadas por el personal Directivo del SENA, así como el Coordinador Académico, en cuanto a los grupos a los cuales debía impartir formación, el horario y los ambientes en los que se debía desarrollar las actividades, igualmente está probado que la demandante estuvo sujeta a los programas curriculares impartidos por la entidad contratante para el cumplimiento tanto del plan estratégico, como de los objetivos misionales, por parte de la contratista sometida "en general" a unas mismas condiciones durante todo el periodo en que fue contratada.

Demostrado que la demandante prestó sus servicios al SENA como instructora para la ejecución de los contratos relacionados en la tabla 1, con el fin de desvirtuar el elemento de dependencia, la defensa de la entidad demandada, aduce que la demandante además desarrolló objetos contractuales de manera simultánea en favor de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, durante los extremos temporales relacionados en la **Tabla 2** elaborada por este Despacho, sin embargo se advierte que dichas actividades no conllevan una intensidad horaria que impidiera la ejecución de los contratos suscritos con el SENA, pues en algunos casos, como el primer semestre del año 2002, la intensidad semanal fue de 4 horas y semestre total 64 horas (fl.169 CD), único hecho acreditado, a partir del cual se colige que la actividad docente universitaria por hora cátedra, lo cual no impide la prestación personal y permanente del servicio por la demandante en favor del SENA, como quiera que dada su especialidad, la instrucción debía ser impartida de manera transversal a los diferentes grupos y su jornada diaria se podía desarrollar desde primera hora del día (6:00 am) hasta finalizar la jornada (12:00 pm) como lo afirmó el testigo LUIS RAFAEL MERCHAN.

Probado que la demandante desarrolló actividades académicas al servicio de la UPTC conforme a la certificación expedida por la UPTC (fl.215- 216) es de resaltar aquellos periodos en que tales actividades se desempeñan en tiempo completo en el periodo comprendido de 2005 al 2007 y durante el año 2016, situación que en apariencia sería incompatible con la ejecución de los contratos suscritos con el SENA durante esos mismos periodos, para lo cual es menester revisar el alcance y contenido de las obligaciones pactadas en tales contratos.

Tabla 3

No. de Contrato	Fecha de Inicio	Fecha Final	Plazo de ejecución	Total Horas / Promedio mes	Docente UPTC Tiempo Completo
OPS 170 de Julio 14 de 2005 Fl. 21 y 169 CD	14/07/2005	12/12/2005	5 meses	500 horas / 100	14-02-2005 al 14-12-2005
OPS 109 de enero 25 de 2006 Fl. 22 y 169 CD	25/01/2006	16/12/2006	10.6 meses	1000 horas / 94.3	10-02-2006 al 10-12-2006
OPS 183 de diciembre 27 de 2006 Fl. 23 y 169 CD	27/12/2006	14/04/2007	3.5 meses	330 horas / 94.2	21-02-2007 al 21-12-2007
OPS 092 de abril 26 de 2007 Fl. 24 y 203 CD	26/04/2007	17/12/2007	6.6 meses	830 horas / 125.7	
Contrato 456 de enero 29 de 2016 Fl.68-71 y 169 CD	29/01/2016	16/12/2016	10.5 meses		01-09-2016 al 16-12-2016

Valga indicar que el pago percibido por la demandante como instructora, no es incompatible con la contraprestación adicional y simultáneamente por concepto de horas cátedra, puesto que la Ley la Ley 4ª de 1992 expresamente lo autoriza, sin

que constituya doble remuneración del erario¹³, situación que por demás fue objeto de actuación disciplinaria, de lo cual obra evidencia en archivo magnético (fl. 169 CD) cuyas decisiones de fondo no son del resorte examinar en esta providencia.

En concreto, de la tabla 3, se desprende que los contratos ejecutados durante el año 2005, 2006 y comienzo del año 2007 la intensidad horaria mensual impuesta por el SENA no superó de 100 horas en promedio mensual, siendo un poco mayor durante el contrato 092 ejecutado desde el 26 de abril de 2007 (125.7 horas) sin embargo retomando la declaración del testigo LUIS MERCHAN, quien afirmó que el horario de la demandante era variable, por lo que es posible, bajo una lógica inductiva, que durante este periodo las actividades fueran desempeñadas de forma simultánea pero en horarios distintos y por lo mismo no se desvirtúa la presunción de subordinación de la demandante como instructora al servicio del SENA.

Esta conclusión se refuerza porque además se advierte que la certificación expedida por la UPTC no señala un horario específico en que la demandante fungió como profesora ocasionan de tiempo completo, por lo mismo, su desempeño pudo darse en la jornada diurna o nocturna, lo cual se itera, es posible que se desarrolle en contra-jornada de las actividades del SENA.

Ahora bien, respecto de la ejecución del contrato 071 suscrito el 23 de enero de 2012, merece un tratamiento jurídico especial en relación con la tesis que en general, desarrolla esta providencia, en la medida que su objeto recaía en que la contratista si bien, fungía como instructora, su forma de ejecución era virtual, el cual se puede cumplir desde cualquier ambiente o dispositivo y sin sujeción a horario o lugar alguno, pero que en criterio de este Despacho, se mantiene la presunción de *subordinación* en el servicio docente de la demandante, puesto que en los documentos de la fase precontractual, señalan que la necesidad para contratar es para cumplir con orientación en programas de formación de forma presencial mediante la formulación de proyectos en el programa virtual, es decir que se refiere a la plataforma y herramientas a utilizar, mas no a que se desarrollaran sin ninguna sujeción a las directrices del SENA.

En suma, está probado que la 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 de dichos contratos, la demandante se desempeñó como instructora en similares circunstancias y condiciones a la labor del docente de la planta de personal de la entidad, máxime que en el Estudio previo y de necesidad para determinar la conveniencia y oportunidad de la contratación de la demandante, fundamenta la necesidad en que el *“Centro minero no cuenta dentro de su planta de personal el personal suficiente para desempeñar las funciones anteriores”* (fl. 169), lleva a concluir que el elemento de *subordinación* se encuentra acreditado y por lo mismo ha de ser cobijado con el reconocimiento de una relación laboral.

En conclusión, se acogerán las pretensiones de la demanda, tendientes al **reconocimiento de una relación laboral** para los periodos de tiempo en los cuales la demandante suscribió los contratos con el SENA relacionados en la Tabla 1, en calidad de *instructora* o afines, sin perjuicio que el reconocimiento prestacional pretendido se someta a las reglas del fenómeno de la prescripción.

¹³ Artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 establece: "Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones:

(...) d) Los honorarios percibidos por concepto de hora - cátedra

12. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EXCEPCIONES

El Despacho analizara la excepción de “*prescripción*” propuesta por la parte demandada, 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 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.

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.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Sentencia del 23 de Agosto de 2016. Expediente (0088-15) CE-SUJ2-005-16 MP. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter

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, sí 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.

El término prescriptivo relacionado con derechos prestacionales que no gozan del carácter irrenunciable e imprescriptible derivados del contrato realidad, que en principio es de tres (03) años contados desde finalizada la relación laboral y para el caso de contratos sucesivos cuya continuidad se interrumpe por un término superior a 15 días hábiles, determina la solución de continuidad entre uno y otro contrato, por lo que el análisis del término prescriptivo debe hacerse de manera individual.

Valga precisar que los días de interrupción, se contabilizan 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.

En el presente caso está acreditado que la demandante suscribió contratos de prestación de servicio desde el año 1999-2003 y 2005-2016, respecto de los cuales se presentan periodos en los que no hubo vinculación, es decir que se advierten interrupciones temporales entre la finalización de un contrato y la suscripción del siguiente, por lo que la prescripción debe analizarse conforme al reciente pronunciamiento del Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá¹⁵ que en casos similares al que nos ocupa, fijó un criterio que es consonante con la sentencia de unificación del Consejo de Estado en cita.

Conforme a la Tabla No.1 elaborada en esta providencia, se reflejan los días de interrupción que transcurrieron 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 finalización del contrato No. 891 de 2014 que data de 29 de julio de 2013, operó el fenómeno de la **prescripción** respecto de los derechos económicos prestacionales pretendidos, puesto que desde la fecha de la reclamación en sede administrativa el **28 de marzo de 2017** (fl.3-5), transcurrió un lapso superior a tres (3) años desde la finalización de cada contrato ejecutado, en la medida que entre ellos hay solución de continuidad en referencia al siguiente contrato ejecutado.

¹⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia del 20 de marzo de 2018, Rad.2015-00141 MP José Ascensión Fernández y Sentencia de 26 de octubre de 2016, Rad. 15239-3333-752-2015-5-258-01 MP Clara Elisa Cifuentes.

En este caso, entre la fecha de finalización del Contrato 891 de julio 29 de 2013 ocurrida el 30 de Noviembre de 2013 (Fl.56-58 y 169 CD) y la iniciación del siguiente contrato que corresponde al No. 179 suscrito el 17 de enero de 2014, transcurrieron **31 días** hábiles, tal como refleja el extracto que se trae de la Tabla No.1, por lo que los derechos prestacionales causados con anterioridad al 30 de Noviembre de 2013, fecha de finalización del contrato 891 de 2013, se encuentran prescritos.

(...)

Interrupción superior a 7 meses			
Contrato 891 de julio 29 de 2013 (Fl.56-58 y 169 CD)	29/07/2013	30/11/2013	Valor \$12.035.550
Interrupción 31 días hábiles			
Contrato 179 de enero 17 de 2014 (Fl.59-61 y 169 CD) Adicional (fl.62-63)	17/01/2014	30/08/2014 Adicionado en 3 meses 09/12/2014	Valor \$22.273.596 Adicional \$9.977.765 Total 32.251.361
Interrupción 33 días hábiles			
Contrato 548 de enero 29 de 2015 (Fl.64-67 y 169 CD)	29/01/2015	30/11/2015	Valor \$31.150.000
Interrupción 39 días hábiles			
Contrato 456 de enero 29 de 2016 (Fl.68-71 y 169 CD)	29/01/2016	16/12/2016	Valor \$32.100.000

(...)

Por el contrario, no están afectados por el fenómeno de la *prescripción* aquellos derechos prestacionales que surgen en virtud de los contratos 179 de enero 17 de 2014, 548 de enero 29 de 2015 y 456 del 29 de enero de 2016, en consecuencia se ordenará restablecer el derecho al demandante según los parámetros que se señalan en el capítulo que sigue.

Se precisa que la regla de prescripción extintiva aquí analizada, no recae frente a los derechos relacionados con los aportes al sistema de seguridad social en pensión y por ende se deben reconocer durante los periodos en que se reconoce la relación laboral encubierta

13.RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Parámetros)

Reconocimiento de relación laboral

Conforme al recaudo probatorio y su consonancia con la tesis del contrato realidad y la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁶ se declarará la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No 2-2017-00887 del 19 de abril 2017 (fl.7-8) expedido por la Directora encargada de Regional Boyacá del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, que negó el reconocimiento de una relación laboral entre las partes de la *litis*, así como las prestaciones sociales y demás emolumentos derivados de ella.

En este orden, en esta providencia se reconoce la existencia de una relación laboral encubierta durante el periodo en que la demandante fungió como contratista al servicio de la demandada, en calidad de instructora o afines.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, providencia del 29 de enero de 2015, Radicación: 25000-23-25-000-2008-00782-02(4149-13), CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Aportes a seguridad social

Teniendo en cuenta que los aportes al sistema de seguridad social en pensión son imprescriptibles y además se trata de una prestación periódica, lo que permite su reclamación en cualquier tiempo¹⁷, en consecuencia se advierte que a la demandante le asiste el derecho, para efectos pensionales, al cómputo de la totalidad del tiempo que estuvo vinculada a la entidad demandada mediante una relación laboral, lo cual conlleva al reconocimiento del pago de las cotizaciones patronales destinados al fondo pensional.

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 la tasa de cotización que corresponde al empleador es del 75% y al trabajador el 25% (artículo 20 de Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003), mientras que la cotización al sistema de salud corresponde al trabajador una tercera parte y la dos restantes al empleador.

Partiendo que desde la expedición de la Ley 100 de 1993, complementado por las Leyes 797 de 2003, por regla general, los contratistas deben estar afiliados al sistema de seguridad social y por lo mismo en el deber cotizar al sistema, de suerte que en caso que la cotización sea mayor a la que le correspondía, deberá solicitar su devolución ante la entidad que recibió tales excesos y no ante quien señala ser su empleador a quien el orden jurídico le impone otros deberes, es así que en la sentencia de unificación del Consejo de Estado¹⁸ señala la siguiente regla:

(...) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existen diferencias entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar; cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efecto de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiere hecho o existiere diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Siguiendo los pronunciamientos del H. Tribunal Administrativo de Boyacá¹⁹ en casos similares al liquidar el valor de la condena en este aspecto, el SENA deberá pagar el faltante para cubrir la totalidad de los aportes que no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones y la Prestadora de Salud, aplicando las siguientes reglas:

- a) El periodo a reconocer aportes pensionales corresponde al tiempo durante el cual se estableció la existencia de una relación laboral entre las partes, esto en los interregnos de tiempo de ejecución de los contratos relacionados en la Tabla 1.
- b) El ingreso base de cotización (IBC), corresponde al valor mensual pactado en cada uno de los contratos en los que se reconoce la existencia de relación laboral, liquidado por el monto de los honorarios pactados.
- c) La entidad demandada deberá realizar los aportes mensuales indexados al sistema de seguridad social en pensión durante los periodos referidos en el literal a) de este acápite, con el IBC señalado en el literal b) *ídem*, hasta completar el 100% del aporte patronal con destino al fondo de pensiones al que se encuentre afiliado la demandante.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 25 de agosto de 2016, Rad. 23001233300020130026001 (00882015).

¹⁸ Consejo de Estado, Sentencia del 4 de Febrero de 2016 Exp. (1149-2015) MP Sandra Lisset Ibarra Velez

¹⁹ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia del 23 de Febrero de 2018, Proceso 2015-00257

- d) La entidad demandada deberá pagar el valor del aporte patronal mensual indexado al sistema de seguridad social en salud con destino a la EPS al que se encuentre afiliada la demandante hasta completar el 100% y que se hayan causado con posterioridad al 16 de diciembre de 2011, así respecto de las generadas con anterioridad se aplica la prescripción extintiva quinquenal de las obligaciones, que se cuenta desde la finalización de la relación laboral el 16 de diciembre de 2016.

Teniendo en cuenta que el demandante solicita el reintegro de los aportes a seguridad social (salud y pensión) y riesgos profesionales (*fl.113*), sin advertir que esos pagos no se realizan ante la entidad demandada SENA, sino que tales pagos se realizan ante otras entidades (Fondo de Pensiones, EPS y ARL), por lo que es claro que a este proceso no se vinculó a ninguna de ellas para conformar la parte pasiva de este proceso, ni tampoco se dirigieron pretensiones en contra ellas, razón por la cual no podrá ordenarse su reintegro alguno por esos conceptos.

En efecto, si la pretensión es estructurar un perjuicio material por el pago concepto de aportes al sistema de seguridad social integral, derivado del actuar de la demandada, debió demostrarse dicho perjuicio, sin embargo no se allegan pruebas que así lo determinen. En todo caso, en consideración a que la finalidad de esos aportes es en su orden, garantizar los servicios de salud, contribuir al financiar una futura pensión y asegurar al trabajador frente a los riesgos, el demandante podrá iniciar las acciones administrativas o judiciales que considere pertinentes frente a las entidades a la cuales estuvo afiliado y reportó pagos sin estar obligado.

Si el demandante considera que realizó pagos por encima del deber impuesto por la ley, podrá solicitar ante el Fondo de Pensiones y la Empresa Aseguradora de salud a la que se encuentre afiliado, el reintegro del valor del aporte realizado a cada uno de los sistemas, en aquello que exceda el porcentaje al que está obligado a cotizar como contratista, para lo cual debe acreditar que realizó efectivamente el pago de esas mensualidades.

Liquidación de prestaciones sociales

Las prestaciones sociales a cargo del empleador pretendidas por el demandante correspondientes a los factores que normalmente devenga un instructor de planta del SENA, dentro de las cuales, la demanda relaciona los siguientes: *Auxilio de transportes, subsidio de alimentación, dotación de vestido y calzado, viáticos, prima semestral, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y sus intereses.*

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 percibió como retribución, un valor por concepto de honorarios, en consecuencia la carga prestacional deberá liquidarse con base en el precio pactado por tal concepto en el referido contrato de forma mensual, como fija la sentencia de unificación del Consejo de Estado²⁰ y que no estén afectada por el fenómeno prescriptivo, como ya se explicó, incluyendo todos los factores que normalmente devengan empleado de la planta de personal para el cargo de instructor.

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

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 23 de Agosto de 2016. Expediente (0088-15) CE-SUJ2-005-16 M.P. Carmelo Perdomo Cuéter “

- a) El ingreso base de liquidación de las prestaciones sociales del demandante, corresponde al valor mensual pactado por honorarios en los contratos No. 179 de 17 de enero 2014 \$3.023.565; No. 548 del 29 de enero de 2015 \$3.115.000; No. 456 de 29 de enero de 2016, valores pactados mensualmente.
- b) Los extremos temporales para liquidar las prestaciones sociales corresponde al plazo de ejecución de los contratos de prestación de servicios No. 179 de enero 17 de 2014, No. 548 de 29 de enero de 2015 y No. 456 de 29 de enero de 2016.
- c) El demandante tiene derecho a la liquidación y pago de las prestaciones sociales comunes o legales que devengada un empleado de planta de la entidad demandada.
- d) Los periodos a liquidar prestaciones sociales corresponde únicamente respecto de los cuales no recae la prescripción extintiva trienal del derecho, salvo el reconocimiento y pago de los aportes a seguridad social.

14. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EXCEPCIONES

En este proceso no se encuentra acreditada la excepción denominada “*inexistencia del derecho*” y *ausencia de subordinación*” en la medida que las actividades ejecutadas por la demandante son asimilables al cargo de instructor al servicio del SENA, circunstancias que demuestran que el acto administrativo enjuiciado, mediante el cual se niega el reconocimiento de la relación laboral, se haya viciado de ilegalidad.

La mencionada excepción solo opera respecto del contrato suscrito por la demandante con la entidad demandada No. 071 de 2012, empero enerva razones para establecer la *inexistencia del derecho* frente a las pretensiones prestacionales en relación con este contrato y por ende se declara la excepción de forma parcial.

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 elevada a rango de principio 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, sino a que en un periodo contractual no se acreditó la existencia de una relación laboral.

En lo que respecta a la excepción de *prescripción* la misma ha de declararse probada parcialmente de acuerdo a las razones expuestas en capítulo que precede, al abordar de manera concreta el tema de la prescripción en el contrato realidad.

15. 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 personalmente, conforme a los contratos y convenios suscritos por el demandante.

16. 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 del CGP, suerte que siguen también las agencias en derecho, toda vez que si bien es cierto se accede a las pretensiones de nulidad del acto enjuiciado, también lo es que no se ordena el restablecimiento del derecho con el alcance y contenido solicitado en la demanda, por cuanto se declara la prescripción trienal de algunas acreencias laborales y además la excepción de *inexistencia del derecho* frente al contrato 071 de 2012.

17. DECISIÓN

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

FALLA:

Primero.- Declarar NO fundadas las excepciones denominadas *“inexistencia del derecho”*, *“ausencia de subordinación”*, *“inexistencia de los elementos de una relación laboral”* y *“buena Fe”*, por las razones expuestas en esta sentencia.

Segundo.- Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio No 2-2017-00887 del 19 de abril 2017, 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 la señora NANCY RINCÓN CALIXTO y la negación del reconocimiento y pago de prestaciones sociales no prescritas y aquellas que se derivan de la ejecución de actividades como instructora o formadora, por lo expuesto.

Tercero.- Declarar la existencia de relación laboral entre la señora NANCY RINCÓN CALIXTO y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA derivados de la ejecución de los contratos relacionados en la Tabla1 contenida en la parte motiva de esta sentencia, periodos que se **computan** para efectos pensionales.

Cuarto.- A título de restablecimiento del derecho, **condenar** al Servicio Nacional de Aprendizaje – Regional Boyacá a pagar en favor de la señora NANCY RINCÓN CALIXTO identificada con cédula de ciudadanía No. 46.665.466, 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 los contratos No. 179 de enero 17 de 2014, No. 548 de 29 de enero de 2015 y No.456 de 29 de enero de 2016, por concepto de honorarios, de conformidad con lo expuesto en la presente providencia.

Quinto.- Declarar parcialmente probada la excepción de *prescripción* extintiva de las prestaciones sociales económicas causadas con anterioridad al **30 de noviembre de 2013**, con excepción de los aportes pensionales.

Sexto.- A título de restablecimiento del derecho, **condenar** al Servicio Nacional de Aprendizaje – Regional Boyacá a pagar el aporte patronal pensional destinado al respectivo Fondo al que acredite estar afiliado el demandante, aplicable a los períodos de ejecución de los contratos señalados en la Tabla 1 de la parte motiva.

Séptimo.- A título de restablecimiento del derecho, condenar al Servicio Nacional de Aprendizaje - Regional Boyacá a pagar los aportes de seguridad social en favor de la demandante, durante los periodos referidos en la parte motiva de esta sentencia siguiendo los siguientes parámetros:

- a) **Pagar** el 100% o el valor faltante para completar el aporte pensional con destino al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliada la demandante.
- b) **Pagar** el 100% o el valor faltante para completar el aporte a la salud con destino a la EPS al que se encuentre afiliada la demandante respecto de las cuales no recae la prescripción quinquenal, contados desde la fecha de finalización de la relación laboral el 16 de diciembre de 2016.
- c) Reintegrar y pagar a favor de la demandante el valor indexado de los dineros pagados por concepto de aportes a pensión y salud que superen el porcentaje que le corresponde al trabajador.

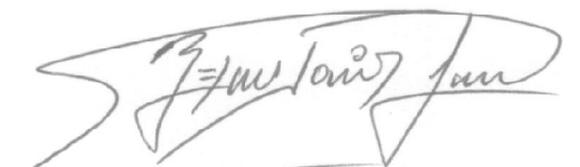
Octavo.- Las sumas resultantes a favor de la demandante, se ajustarán en su valor con base en el IPC certificado por el DANE, en aplicación de la fórmula indicada en la parte considerativa de la presente providencia. Las sumas reconocidas, además, devengarán intereses en la forma prevista en el artículo 192 del CPACA.

Noveno.- Sin condena en costas en esta instancia.

Décimo.- Esta sentencia debe ejecutarse dentro del término establecido en el artículo 192 del CPACA y su cumplimiento se dará conforme a los artículos 187 inciso final, 194 y 195 Ibídem.

Décimo primero.- En firme esta providencia, archivar el expediente, previa liquidación de gastos y devolución de excedentes, si a ello hubiere lugar y expídanse copias con constancia secretarial de ejecutoria, en los términos del Art. 114 del CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ