



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

Sogamoso, mayo quince (15) del año dos mil veinte (2020)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 157593333002-2018-00228-00
Demandante: JOSÉ ALBEIRO GÓMEZ MOLANO
Demandado: SENA

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho decidir de fondo el proceso de la referencia mediante sentencia en primera instancia¹.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el señor JOSÉ ALBEIRO GÓMEZ MOLANO por intermedio de apoderado, (fl. 144-145) solicita se declare que entre el demandante y el SENA, existió una relación legal y que además se declare la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales le niega el reconocimiento y pago de prestaciones sociales. Son los siguientes:

- Resolución No. 000598 de 11 de julio de 2018 expedida por los Subdirectores, del Centro Minero, Centro de Desarrollo Agropecuario y Centro Industrial d Mantenimiento y Manufactura - del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA- Regional de Boyacá
- Resolución No. 000839 de 22 de agosto de 2018 que resuelve no reponer la decisión impugnada.
- Resolución No. 000990 de 18 de septiembre de 2018 que resuelve recurso de apelación contra la resolución 000598 del 11 d julio de 2018, confirmándola en todas sus partes.

A título de restablecimiento del derecho, pretende se ordene a la entidad demandada a cancelar en favor del demandante el pago de las prestaciones sociales tales como: *primas de servicios, de junio y de diciembre, prima de navidad, de vacaciones, vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima quinquenal, cesantías e intereses sobre las cesantías y viáticos*, por la ejecución de cada uno de los contratos a partir del año 2002 hasta el 2016 (*sic*).

Igualmente pide que se condene al SENA a reintegrar y pagar a favor del demandante, el pago de las cotizaciones pensionales que por seguridad social se causaron durante todo el tiempo laborado a favor de la respectiva entidad a la cual se encontraba afiliado.

Que la demandada cumpla la sentencia conforme al artículo 192 del CPACA y la condena se actualice como indica el Art. 187 ídem y se condene en costas.

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).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda refieren que el señor JOSÉ ALBEIRO GOMEZ MOLANO, se vinculó con el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, Regional Boyacá a partir del 21 de enero de 2011, mediante diferentes contratos de prestación de servicios que se prolongaron hasta el año 2018.

Señala la demanda que en la ejecución de dichos contratos desarrolló labores como instructor en el área de inglés y afines, en los programas de formación complementaria y formación titulada, que atiende el Centro Industrial de Mantenimiento y Manufactura, del SENA Regional Boyacá.

Agrega que la ejecución de estos contratos no fue de manera temporal, sino permanente por una duración de 07 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 18 de junio de 2018, el demandante, efectuó ante el SENA reclamación administrativa con el fin de que se reconociera la existencia de la relación laboral, y pago de prestaciones sociales, la cual fue contestada negativamente mediante la Resolución No. 000598 del 11 de julio de 2018, la cual fue impugnada y resuelta la reposición mediante Res. 000839 de agosto de 2018 y la apelación mediante Res.000990 de septiembre de 2018, actos demandados.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

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

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,

Indica que 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 al demandante por aproximadamente 7 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 el 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* del Decreto 1848 y 3135 de 1969 cita apartes providencias del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Boyacá² y resalta que en el sub lite no se presentó la figura, pues considera que la sentencia es constitutiva del derecho y adicionalmente el demandante elevó oportunamente la reclamación ante la administración vez culminó el vínculo contractual.

Agrega que en el caso del demandante no existía autonomía de ningún tipo porque el SENA está certificado en norma ISO 9001 y todos los instructores y centros deben manejar los mismos formatos y lineamientos pues la entidad es una sola y su calidad se debe mantener a nivel nacional.

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.01302 de 2015, que detalla las labores y competencias que se deben desempeñar en dicho cargo. Quedando demostrado que el 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.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA mediante apoderada judicial contestó la demanda (fls.192-197) oponiéndose a las pretensiones formuladas por el demandante, indicando que no existió relación laboral entre el señor JOSÉ ALBEIRO GOMEZ MOLANO y la entidad, toda vez que solo se desempeñó como contratista a través de la celebración de contratos de prestación de servicio de carácter temporal, por tiempos interrumpidos.

² Consejo de Estado Exp.6800112331000200900636-01, CP Sandra Lisset Ibarra Vélez, Tribunal Administrativo de Boyacá Exp. 1238-33-33-02-2016-0171-01; Consejo de Estado Rad.08001233100020030224901, CP Luis Rafael Vergara; Consejo de Estado Exp.23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15), CP Carmelo Perdomo Cueter

Señaló que los actos administrativos demandados se expidieron conforme al ordenamiento jurídico, pues a través del mismo se negaron los reconocimientos solicitados por el demandante en virtud de que no le asiste ninguno de los presuntos derechos laborales reclamados, comoquiera que la vinculación del demandante con el SENA fue a través de contratos de prestación de servicios, por tiempos definidos, contratos cuya tipología, definición y naturaleza jurídica legalmente los señala y rige el artículo 32 numeral 3 de la ley 80 de 1993.

Indicó que la Sección Segunda del Consejo de Estado³ ha señalado que el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o tener que reportar informes sobre sus resultados, no necesariamente implica subordinación pues la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada.

A su vez cita aparte jurisprudencial de la Sala plena del Consejo de Estado⁴ en la cual se ha reiterado que no necesariamente implica subordinación el trabajo desarrollado por determinados contratistas comoquiera que no se podría considerar como generador de una relación laboral por cuanto en el mismo se presentaban relaciones de coordinación no de subordinación.

Señala que si existió temporalidad en los contratos ejecutados por el demandante, acaeciéndose sobre estos la solución de continuidad dispuesta en el Decreto 1045 de 1978 y en las sentencias del consejo de Estado 2300123330020130026001 (00882015) 25-08-2016 y la sentencia 68001233300020130017401 de 23-06-2016 C.P. Luis Gerónimo Carrillo Gómez, por cuanto existieron periodos extensos de tiempo donde no hubo vinculación alguna con el demandante, existiendo periodos superiores a 15 días entre cada contrato.

Se refiere de forma discriminada a cada uno de los hechos de la demanda, aceptando la existencia y suscripción de los contratos, no así respecto de las condiciones en que se afirma fueron desarrollados, concretamente indica que la actividad de formulación de proyectos y formación virtual, no constituye subordinación, por lo que señala que se está a lo que se prueba en el proceso, resaltando que se trató de contratos de prestación de servicios regulados por el Art. 32 de la ley 80 de 1993 y no a contratos laborales, por lo que no se pagó salario, sino honorarios.

Además de la genérica, 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”* teniendo en cuenta que el elemento subordinación como determinante de la relación laboral, no se configura en el presente cargo pues no existe caso equiparable dentro de la entidad y que se ejercido por un empleado de carrera por lo que no puede alegar el haber laborado en igualdad de condiciones que con otra persona de la misma entidad.

³ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B Exp.245-03, CP Jesús María Lemos Bustamante.

⁴ Consejo de Estado Sala Plena, subsección B Exp.2499-07 M.P. Víctor Hernando Alvarado y exp. IJ0039 de 18 de noviembre de 2003 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda

- “*Inexistencia de los elementos de una relación laboral*” comoquiera que existe prueba documental de haber prestado el servicio de manera virtual y no solo presencial, careciendo de los elementos necesarios para configurar una relación laboral, legal y reglamentaria.
- “*Prescripción*” 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, indicando que entre los contratos suscritos por el demandante hubo solución de continuidad y que la solicitud de reconocimiento data del 22 de febrero de 2018.

5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda correspondió por reparto a éste Despacho Judicial (*fl.180*), una vez se verificó el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 162 del CPACA, se admitió la demanda por auto de 13 de noviembre de 2018 (*fl. 182*), notificada, dentro del término del Art.172 del CPACA la entidad demandada dio contestación (*fls.192-197*).

Vencido el término de traslado de las excepciones (*fl.206*) se fijó fecha para audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el 28 de agosto de 2019 (*fls.210-211*), 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 día 04 de diciembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia de pruebas (*fl.229-230*) en la que se recibieron los testimonios decretados y se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, además, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rendir concepto.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte **demandante** no se pronunció en esta etapa procesal.

La apoderada del **SENA**, presenta alegaciones finales (*fls.232-234*) en los que ratifica que deben ser desestimadas las pretensiones de la parte actora aduciendo que la evidencia muestra que el demandante se desempeñó en la entidad como contratista en periodos individuales e independientes conforme a las órdenes de prestación de servicios suscritas entre el demandante y la entidad que representa lo que la exime de reconocerle y liquidarle prestaciones sociales.

Cita apartes de la sentencia C-154 de 1997 de la Corte Constitucional, indicando que 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 el demandante pretende hace ver diferente pese a haber aceptado esta clase de contrato y relación con la entidad.

Menciona que de las pruebas incorporadas se concluye que constituyen elementos propios de la relación contractual establecida por la ley 80 de 1993 y en ese orden se tiene que no se crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicios, como quiera que lo verdadero, claro y demostrado es que la vinculación del demandante con el SENA, fue meramente mediante contratos de prestación de servicios, por tiempos definidos, sin subordinación, pero sin condiciones mínimas de ejecución.

Frente a la declaración de la señora Lorena Suarez Correa y Patrick Yovany Cañón Núñez, considera que no deben ser tenidos en cuenta puesto que carecen de

imparcialidad, toda vez que estos han tenido ordenes de prestación de servicios u otro tipo de vinculaciones con el Servicio Nacional de aprendizaje SENA, adicionalmente tienen una amistad con la parte demandante y en el caso del señor Cañón Núñez en la actualidad cursa un proceso judicial en contra del SENA.

Sostiene que existió solución de continuidad en los contratos suscritos por el demandante porque no hubo vínculo, sin que se presentara reclamación alguna por parte del demandante, por lo que es aplicable la prescripción conforme a la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 Rad. (00882015).

Finalmente cita la sentencia de 26 de octubre de 2017 del H. Tribunal Administrativo de Boyacá con ponencia de la Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, radicado 15239-3333-752-2015-00258-00 para resaltar que la formulación de proyectos no se puede considerar como actividad que esté sujeta a subordinación y no se acreditan los elementos de una relación de subordinación continuada, por lo que solicita se declare que no hubo ninguna relación o vinculación laboral entre el demandante y el SENA y por lo tanto solicita se desestimen las pretensiones de la demanda.

La **Agente Delegada del Ministerio Público** rindió concepto (*fl.236-246*) en el que luego de referirse a los hechos y pretensiones, propone un problema jurídico centrado a si debe declarar la nulidad de los actos demandados y si hay lugar al reconocimiento de prestaciones sociales, delimita el marco jurídico y jurisprudencial, para conceptuar que se encuentra acreditado que el demandante celebró contratos de prestación de servicios con el SENA desde el 21 de enero de 2011 hasta el 15 de mayo de 2018, con periodos interrumpidos entre cada contrato y que el objeto de los contratos consistió básicamente en prestar servicios profesionales temporales como instructor, algunos a través de la formación por proyectos de forma presencial y virtual en el área de bilingüismo (ingles) en el Centro de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial en los Municipios del Departamento de Boyacá.

En los contratos No. 084 de 21 de enero de 2011, No. 034 de 21 de julio de 2011, No. 50 de 18 de enero de 2012, No. 269 de 09 de julio de 2012 y No. 324 de 25 de enero de 2013, el objeto contractual consistía en prestar servicios personales de carácter temporal para la orientación y desarrollo de programas de formación presencial y/o virtual mediante la formulación de proyectos en los diferentes programas de formación regular y en el área de bilingüismo que atiende el Centro de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial del SENA Regional Boyacá.

De otro lado indica que con base en el material probatorio allegado al expediente, se observa, que el objeto contractual estaba encaminado a la prestación de servicios personales como instructor, por lo que no se puede desconocer la reciente sentencia de 2019 del Tribunal Administrativo de Boyacá, radicado 1575933330022016-0045-01, demandante Moisés Antonio Carreño, demandado SENA, donde luego de un recuento jurisprudencial enfatizó en la importancia de acreditar el elemento de subordinación, para así acreditar la relación laboral pese a que se hayan desempeñado funciones como instructor.

Aunado a lo anterior considera que con la declaración rendida por los señores Lorena Suarez Correa y Patrick Yovany Cañón Núñez, en la diligencia de pruebas celebrada el 04 de diciembre de 2019, se demostró en los años que les consta, que el demandante desempeñó funciones de instructor contratista en el SENA por lo menos durante el tiempo en que los testigos estuvieron vinculados, y afirmaron que, en efecto los instructores debían cumplir una intensidad horaria de 08 horas diarias y reportar 40 horas semanales y 160 mensuales y que las mismas no se podían cumplir de forma autónoma sino que se tenían unos días establecidos por la entidad. Así mismo manifestaron que, no existía distinción alguna frente a los instructores de planta

respecto de los vinculados mediante contrato. Indica que los testimonios rendidos merecen en su concepto plena credibilidad y mérito probatorio, porque fueron constantes y uniformes, además considera que no debe prosperar la solicitud de tacha propuesta por la entidad accionada, pues su dicho también se acredita con otras pruebas que reposan en el expediente como las documentales.

En ese orden de ideas considera que las pretensiones deben prosperar parcialmente, como quiera que resulta pertinente declarar la existencia de la relación laboral entre el señor JOSE ALBEIRO GOMEZ MOLANO y el SENA, junto con el correspondiente pago de prestaciones sociales que no estén afectadas por la prescripción, y efectuar aportes por concepto de seguridad social en pensiones que no estén afectadas por la prescripción, pues se logró probar que se utilizó el contrato de prestación de servicios para ocultar la relación laboral que en realidad desempeñaba el demandante en esa entidad.

7. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si entre el señor JOSÉ ALBEIRO GÓMEZ MOLANO y el SENA se configuró un vínculo laboral que desnaturalizó los contratos de prestación de servicios suscritos entre estos durante el periodo comprendido entre los años 2011 a 2018.

De ser acreditada la *subordinación* como elemento configurativo de la relación laboral pretendida, el Despacho deberá establecer si hay lugar al reconocimiento y pago de prestaciones sociales y demás derechos laborales reclamados, caso en el cual es menester verificar si la misma se produjo sin solución de continuidad o si en su defecto, se produjeron interrupciones que hacen aplicable el medio extintivo de la prescripción trienal para efectos de determinar si hay lugar a reconocer prestaciones sociales, laborales y económicas pretendidas.

8. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Naturalización de la Relación Laboral

En sentencia de 2018, la Subsección A del Consejo de Estado⁵ 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.⁶

⁵ (Consejo de Estado, CP William Hernández Gómez el 4 de octubre de 2018, Rad. 23001-23-33-000-2013-00247-01(3753-15))

⁶ Consejo de Estado Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.

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.*
- .- 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 (art. 122 CP).

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 Constitucional⁷ 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 Estado⁸ 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 señaló⁹ 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

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-287 del 14 de abril de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸ 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.

⁹ *Ibidem*

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 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 Boyacá¹⁰ en 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.

De las órdenes de prestación de servicios

Conforme a reciente sentencia del Tribunal Administrativo en sentencia del 28 de Octubre de 2019¹¹ se recordó la postura jurisprudencial para desatar este tipo de controversias, en los siguientes términos:

“El contrato de prestación de servicios se encuentra definido en el numeral 30 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 como un acuerdo de voluntades cuyo objeto es el desarrollo de actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad contratante, que sólo puede celebrarse con personas naturales bajo la condición de que las actividades a contratar no puedan ser realizadas con personal de planta o cuando se exijan conocimientos

¹⁰ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia del 26 de octubre de 2017 MP Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Expediente 15239 3333752201500258 01

¹¹ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia del 28 de octubre de 2019, MP Félix Alberto Rodríguez Riveros, Rad. 1575933300220170003201

especializados. En consecuencia, este tipo de contratos no genera ningún vínculo laboral, ni derecho al pago de prestaciones sociales, y su duración se da por el término estrictamente necesario para cumplir con el objeto contratado.

Con el fin de evitar que este tipo de vinculación sea utilizado por las autoridades administrativas para ocultar verdaderas relaciones laborales, su ejercicio se encuentra limitado para funciones que no sean de carácter permanente, esto es, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o que se requieran habilidades específicas. De ahí que, constituye una modalidad excepcional de trabajo con el Estado, pues lo contrario desnaturalizaría su objeto e iría en detrimento de los derechos constitucionales que amparan al trabajador como la estabilidad laboral y el pago de sus prestaciones sociales.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, son elementos esenciales del contrato de trabajo: 1) que se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado. Significa que, cuando se alega que el vínculo entre el particular y el Estado, para el caso de los asuntos debatidos en la jurisdicción administrativa, constituye una relación laboral, es indispensable que se demuestre dentro del proceso, la existencia de cada uno de ellos.

Ahora bien, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional, la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal.

Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (1) al **criterio funcional**, que hace alusión a "la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)"; (ii) **al criterio de igualdad**, esto es, cuando "las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral"; (iii) **al criterio temporal** o de habitualidad, si "las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual"; (iv) **al criterio de excepcionalidad**, si "la tarea acordada corresponde a "actividades nuevas" y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta"; y (v) **al criterio de continuidad**, si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral¹².

(...)

Ahora bien, es importante recalcar que la existencia de una relación laboral no significa per se, la calidad de empleado público, como lo ha señalado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, pues para admitir que una persona desempeña un empleo público en su condición de empleado público-relación legal y reglamentaria propia del derecho administrativo-y se deriven los derechos que ellos tienen, es necesaria la verificación de elementos propios de esta clase de relación como son: 1) la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, porque no es posible desempeñar un cargo que no existe (artículo 122 de la Constitución Política); 2) la determinación de las funciones propias del cargo (artículo 122 de la Constitución Política); y 3) la previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de gastos que demande el empleo; requisitos éstos sin los

¹² Corte Constitucional, Sentencia C- 171 de 2012

*cuales no es posible hablar en términos de empleado público, a quien se le debe reconocer su salario y sus correspondientes prestaciones sociales. Además, "en la relación laboral administrativa el empleado público no está sometido exactamente a la subordinación que impera en la relación laboral privada; aquí está obligado es a obedecer y cumplir la Constitución, las Leyes y los reglamentos administrativos correspondientes, en los cuales se consagran los deberes, obligaciones, prohibiciones etc., a que están sometidos los servidores públicos"*¹³

Presunción de subordinación en la labor docente

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 2010¹⁴ y por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 27 de abril de 2016¹⁵, 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 cuanto a la existencia de relación de trabajo con el Estado en la labor docente, la postura había sido pacífica, consolidada en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016¹⁶, en la cual el Consejo de Estado precisó:

"(...)

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... "

9. PRUEBAS RECAUDADAS

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

Evidencia documental:

Está documentada la vinculación del señor JOSE ALBEIRO GOMEZ MOLANO con el SENA - Regional Boyacá durante los años 2011 a 2018, a través de contratos de prestación de servicios profesionales, los cuales fueron aportados con la demanda (fs.29-93) y además obran en medio magnético allegados con la contestación de la demanda los contratos 084 de 2011, 343 de 2011, 50 de 2012 y 269 de 2012 y además obran sus actas de inicio y liquidación (CD fl.205); respecto de los contratos suscritos desde el año 2013 a 2018, solo se cuenta con la información registrada en las minutas de contrato aportadas con la demanda.

¹³ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia de fecha 06 de marzo de 2008. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Expediente: 23001-23-31-000-2002-00244-01(2152-06)

¹⁴ Consejo de Estado, Radicación No. 110010306000-2010-00089-00, CP Enrique José Arboleda.

¹⁵ Consejo de Estado, Radicación No. 200012331000-2011-00312-01, CP Bertha Lucía Ramírez de Páez

¹⁶ Consejo de Estado, Radicación No. 230012333000-2013-00260-01, CP Carmelo Perdomo Cuéter.

En estos documentos que se precisan aspectos relevantes relativos a los contratos de prestación de servicio celebradas entre las partes, dando cuenta de su clausulado y que son objeto del presente asunto, los que se relacionan en la siguiente tabla que elabora el Despacho, la cual servirá a lo largo de esta providencia como referente para analizar el aspecto objetivo de los mismos, en cuanto al consecutivo del contrato, fechas de suscripción, plazo, valor pactado y objeto contratado, los cuales se ejecutaron durante entre los años 2011 a 2016 en el Centro de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial CEDEAGRO, mientras que los ejecutados en 2017 y 2018, en otros Centros del SENA Regional Boyacá.

Tabla 1

CONTRATO	PLAZO DE EJECUCIÓN	VALOR - OBJETO
No. 084 del 21 de enero de 2011 (fl.88-93 y CD fl.205)	21-01-11 a 02-07-11	\$13.953.333 - Prestar los servicios temporales como tutor para la orientación y desarrollo de los programas de formación de forma virtual mediante la formulación de proyectos en los diferentes programas de formación regular en el área de Bilingüismo.
Interrupción: 13 días contados desde el 3/07/2013 hasta el 24/07/2011.		
No. 0343 del 21 de julio de 2011 (fl.84-87 y CD fl.205)	04 meses y 25 días sin exceder el 16 de diciembre de 2011 Acta Inicio 25-07-11 a 16-12-11	\$12.566.667 - Prestar servicios para la orientación de competencias laborales a través de la Formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en los diferentes programas de formación virtual en el área de Bilingüismo
Interrupción: 24 días contados desde el 17/12/2011 hasta el 22/01/2012.		
No. 050 del 18 de enero de 2012 (fl.79-82 y CD fl.205)	05 meses y 12 días sin exceder el 04 de julio de 2012 Acta inicio 23-01-12 a 04 -07-12	\$14.040.000 - Prestar servicios profesionales de carácter temporal, para la orientación y desarrollo de los programas de formación de forma presencial y/o virtual mediante la formulación de proyectos en los diferentes programas de formación regular y en el área de Bilingüismo
Interrupción: 03 días contados desde el 05/07/2012 hasta el 09/07/2012.		
No. 0269 del 09 de julio de 2012 (fl.75-78 y CD fl.205)	5 meses y 5 días sin exceder el 14 de diciembre de 2012 Acta Inicio 10-07-12 a 14-12-12	\$14.725.000 - Prestar sus servicios profesionales de carácter temporal, para la orientación y desarrollo de los programas de formación de forma presencial y/o virtual mediante la formulación de proyectos en los diferentes programas de formación regular y en el área de Bilingüismo
Interrupción: 26 días contados desde el 15/12/2012 hasta el 24/01/2013		
No. 0324 del 25 de enero de 2013 (fl.70-74)	10 meses y 15 días sin exceder el 13 de diciembre de 2013	\$30.822.750 - Prestar los servicios personales profesionales de carácter temporal en el área de Bilingüismo, para la orientación y desarrollo de los programas de formación de forma presencial y/o virtual mediante la formulación de proyectos en los diferentes programas de formación regular
Interrupción: 21 días contados desde el 14/12/2013 hasta el 16/01/2014		
No. 0258 del 17 de enero de 2014 (fl.65-69)	07 meses y 10 días sin exceder el 28 de agosto de 2014	Valor: \$30.023.565 - Prestar los servicios personales profesionales de carácter temporal en los programas de formación regular y complementario en forma presencial y/o virtual para la orientación de competencias laborales a través de la formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en el área de Bilingüismo
Adición y Prorroga No. 0258 del 25 de agosto de 2014 (fl.63)	02 meses y 16 días a partir del 29 de agosto sin exceder el 12 de diciembre de 2014	\$7.659.698 - Prestar los servicios personales profesionales de carácter temporal en los programas de formación regular y complementario en forma presencial y/o virtual para la orientación de competencias laborales a través de la formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en el área de Bilingüismo.
Adición y Prorroga	16 días a partir del 15 de noviembre	\$1.612.568 - Prestar los servicios personales profesionales de carácter temporal en los programas

No. 0258 del 14 de noviembre de 2014 (fl.61-62)	sin exceder el 12 de diciembre de 2014	de formación regular y complementario en forma presencial y/o virtual para la orientación de competencias laborales a través de la formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en el área de Bilingüismo
Interrupción: 34 días contados desde el 13/12/2014 hasta el 03/02/2015		
No. 0654 del 04 de febrero de 2015 (fls. 56-60)	10 meses y 03 días sin exceder el 16 de diciembre de 2015	\$31.461.500 - Prestar los servicios personales de carácter temporal como instructor en los programas de formación regular y complementaria en forma presencial y/o virtual para la orientación de competencias laborales a través de la formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en el área de Bilingüismo
Interrupción: 26 días contados desde el 17/12/2015 hasta el 26/01/2016		
No. 0094 del 27 de enero de 2016 (fls.48-55)	10 meses y 03 días hasta noviembre de 2016	\$32.100.000 - Contratar la prestación de servicios personales de carácter temporal de instructor en el programa de formación Titulada y Complementaria para la orientación de competencias laborales a través de la formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en el área de Bilingüismo
Adición y prorroga No. 0094 del 30 de noviembre de 2016 (fls.46-47)	Hasta el 16 de diciembre de 2016	\$1.712.00 Contratar la prestación de servicios personales de carácter temporal de instructor en el programa de formación Titulada y Complementaria para la orientación de competencias laborales a través de la formación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas en el área de Bilingüismo
Interrupción: 51 días contados desde el 17/12/2016 hasta el 28/02/2017		
No. 0887 del 28 de febrero de 2017 (fls. 40-45)	07 meses sin exceder el 15 de diciembre de 2017 Inicio 01-03-2017	\$23.135.000 Prestar los servicios profesionales de carácter personal como instructor en el programa de formación Titulada y Complementaria presencial y/o virtual, en el área de Bilingüismo que atiende el Centro de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial CEDEAGRO, en los diferentes Municipio del Departamento de Boyacá, de acuerdo con la programación establecida, el modelo pedagógico del SENA, los lineamientos del sistema de gestión integral de calidad y la normatividad vigente.
Terminación anticipada No. 0887 del (27 de marzo de 2017) a partir del 22 de marzo de 2017 (fl.38) (interrupción 03 días)		
No. 0961 del 28 de marzo de 2017 (flsl. 34-37)	hasta el 15 de diciembre de 2017	\$28.312.833 - Prestar los servicios profesionales de carácter temporal como instructor en el programa de formación Complementaria en el área de Bilingüismo que atiende el Centro de Minero en los diferentes Municipios del Departamento, de acuerdo a la programación establecida, el modelo pedagógico del SENA, los lineamientos del sistema de gestión integral de calidad y la normatividad vigente.
Interrupción: 23 días contados desde el 16/12/2017 hasta el 22/01/2018		
No. 0449 del 23 de enero de 2018 (fls.29-32) Contrato cedido a partir de mayo 16 de 2018.	Hasta 07 meses	\$23.835.000 - Prestar los servicios personales de carácter temporal como instructor en el programa de formación regular en el área de Ingles y afines que atiende el Centro Industrial de Mantenimiento y Manufactura, de acuerdo con la programación establecido, el modelo pedagógico del SENA, los lineamientos del sistema de gestión integral de calidad y la normatividad vigente.

Se encuentra demostrado que el demandante percibió contraprestación económica por la labor personal ejecutada en virtud de los contratos que suscribió con la entidad demandada SENA, como se observa en las minutas de los contratos (CDS fls.29-93) documentos que además dan cuenta del valor y la forma de pago según el clausulado, pagos que estaban sujetos a la apropiación presupuestal del caso.

Así mismo reposan certificaciones (fl.94-100) expedidas por el Coordinador de Grupo de Apoyo administrativo del SENA, que detallan los pagos efectuados por los contratos

de prestación de servicios ejecutados por el demandante durante los años 2011 a 2018, suscritos con CEDEAGRO durante 2011 a 2016 y febrero de 2017, Centro Minero de marzo a diciembre de 2017 y Centro Industrial de febrero a mayo de 2018. Igualmente reposan certificaciones respecto de los contratos suscritos por el demandante con EL SENA, firmadas por los Subdirectores de los Centros de la Regional Boyacá.

Con la demanda se allegaron pantallazos de correos electrónicos (fls.124-134) en los que aparece como remitente: Integradora Regional Boyacá del Centro de Desarrollo Agropecuario, la Secretaria de Coordinación de formación complementaria del Centro Minero y como destinatario: los instructores, en los que se incluye al demandante; ahora, dichos correos tienen diversos asuntos, a saber: *“Asistir a reuniones, a videoconferencia, a actividad de bienestar, reunión mensual de estadística, y en donde se recuerda además que es obligatorio estar en las instalaciones de Centro cuando se trate de un día laboral.*

Se allegó con la contestación de la demanda un CD (fl.205) contentivo del expediente contractual del señor José Albeiro Gómez Molano, que reposa en los archivos del SENA, donde se encuentra consignada la información relacionada con los contratos 084 de 2011, 343 de 2011, 050 de 2012 y 269 de 2012.

En otro aspecto el Director Regional Boyacá del SENA remite comunicación de 5 de septiembre de 2019, en la que indica que allega en medio magnético CD (fls.222-223), los siguientes documentos en copia:

- (i) Resoluciones calendarios académicos y de labores por el periodo comprendido entre el 2011 al 2018.
- (ii) Resoluciones de las vacaciones colectivas por el periodo comprendido entre el 2011 al 2018.
- (iii) Manuales de funciones y requisitos mínimos dl SENA por el periodo comprendido entre el 2011 al 2018.

Así mismo certifica que durante las vigencias 2011 a 2018 se vincularon y/o se encontraba un total de 1 instructor de planta del área de bilingüismo en el Centro Industrial de Mantenimiento y Manufactura.

De contera se encuentra acreditado que el día 18 de junio de 2018 (fls.26-28), el señor el señor José Albeiro Gómez Molano, solicita al SENA el reconocimiento de una relación laboral y el pago de prestaciones sociales y aportes a seguridad social integral derivados de la ejecución de los contratos de prestación de servicios entre el año 2011 al 2018, la cual fue contestada negativamente mediante Resolución No. 000598 del 11 de julio de 2018, basado en el art. 32 de la Ley 80 de 1993 (fls.6-7), por lo que presentó impugnación y esta se resolvió la reposición mediante Res. 000839 de agosto de 2018 y la apelación mediante Res.000990 de septiembre de 2018.

Medios de prueba de fuente oral:

En audiencia de pruebas realizada el 04 de diciembre de 2019 (fls.229-23), se recibió el testimonio de la señora LORENA SUAREZ CORREA, quien manifestó conocer al señor JOSÉ ALBEIRO GÓMEZ MOLANO porque ella trabajó en el CEDEAGRO del SENA, desde el 2014 y hasta el 2016, indicando que juntos se desempeñaban como instructores el demandante impartía formación en Bilingüismo, y compartían grupos de formación en el mismo centro o en algunos municipios, pues debían tener disponibilidad para desplazarse a los 123 municipios de Boyacá, de acuerdo a la programación de los grupos que debían atender y el tiempo que debían destinar, establecidos por el SENA.

Frente a la formación impartida por el señor Gómez Molano, explicó que el objeto de los contratos de orientar competencias laborales por proyectos, corresponde a una técnica didáctica para poder transmitir conocimiento a los aprendices, por lo que para tal fin los instructores debían cumplir una intensidad horaria de 8 horas diarias, por lo general en el horario de 7 am a 1 pm, aunque a veces variaba pero se debían reportar un total de 40 horas semanales y 160 horas mensuales, las que no se podían cumplir de manera autónoma, sino que los tiempos estaban establecidos por el SENA.

Respecto a la discrecionalidad de la formación por parte del demandante, manifestó la deponente que, el inglés que dictaba era el exigido por la entidad toda vez que debía ceñirse a los diseños curriculares suministrados por la entidad por lo que él no tenía autonomía para impartir la formación, y debía sujetarse a las ordenes e instrucciones de los coordinadores académicos que para dicha época fueron las señoras Miryam Russi y Yadira Ramírez, quienes además programaban las reuniones mensuales y las de bilingüismo a las que era obligatorio asistir, señaló además que para ausentarse del trabajo debían manifestarle al jefe inmediato tal situación a veces de manera escrita y otras de manera verbal. Refirió que los contratos terminaban a mediados de diciembre, cuando empezaban las vacaciones colectivas de la entidad y los contratos iniciaban nuevamente en la primera o segunda semana de febrero del año siguiente. Finalmente indicó que el demandante no desarrollo otra actividad laboral de manera alterna con la desarrollada en SENA.

El Testigo PATRICK YOVANY CAÑÓN NUÑEZ, manifestó que conoció al señor José Albeiro Gómez Molano como instructor impartiendo formación profesional en el área de bilingüismo, a partir del año 2011 y hasta el 2015, a los aprendices del SENA en el Centro Agropecuario dictando clases presenciales a veces virtuales en horarios de 8 am -12m y de 2 pm – 6 pm o de 7 am a 1 pm y 2 o 3 horas en la tarde todos los días, impartiendo formación complementaria o titulada en el centro, virtual o en los municipios asignados, hasta reportar las 160 horas mensuales.

Explicó que la actividad de enseñanza objeto del contrato como técnica didáctica por proyectos, es un sistema de enseñanza que se guía al aprendiz a realizar un proyecto, y en el proceso se va aprendiendo, el instructor debe cumplir con unos juicios y unos saberes y tiene que plantear el proyecto y guiarlo, en el caso de los cursos de 60 horas en ese tiempo se desarrolla el proyecto, por lo que no existe diferencia respecto de los instructores de planta, y al igual que un docente hay que brindar instrucción, dictar la clase y guiar la formación por proyecto.

Frente a la autonomía para impartir la formación por parte del señor Gómez Molano, indicó que él debía ceñirse a unos juicios de calificación y a unas competencias, no tenía la capacidad de elegir porque los temas estaban contenidos en módulos dispuestos por el SENA, en el caso del inglés el demandante iniciaba con un básico y luego debía ser técnico de acuerdo a las exigencias de cada programa.

Así mismo indicó que las órdenes eran recibidas respecto de jornadas, horarios o reuniones del coordinador académico del SENA, los permisos debían ser solicitados explicando las razones de porque dejaba grupo y como se compensaba ese tiempo, que en muchas ocasiones debía ser en la noche desde la casa de manera virtual.

Refirió que entre cada contrato se presentaban unas intermitencias desde mediados de diciembre y volvía a finales de enero comienzo de febrero cuando se reiniciaba el cronograma de actividades del SENA, en ocasiones debían trabajar algunas semanas sin remuneración como en los de enero de 2014 y 2015, porque los instructores de planta no eran suficientes mientras se les legalizaba el contrato.

10. CASO CONCRETO

En el presente asunto se debe establecer si se encuentran demostrados los elementos que configuran una relación laboral que hubiere desnaturalizado los contratos de prestación de servicios suscritos por el demandante con la entidad contratante demandada en este proceso tal como sostiene el Consejo de Estado en varias decisiones¹⁷ en las que 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.

En primer lugar se debe señalar que el acervo probatorio arrimado al proceso fue dado a conocer a las partes en Litis, sin que ninguna de ellas presentara reparos en su validez, frente a la tacha de testigos el Despacho se está a lo dispuesto en precedencia. En este orden, valoradas las pruebas en conjunto se tienen probadas:

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 *sub examine*, tenemos que de la copia de los contratos de prestación de servicios, así como lo manifestado por el SENA en la contestación de la demanda, es dable colegir que el demandante prestó sus servicios de manera personal y directa en favor de la entidad, a través de los contratos de prestación de servicios relacionados en la tabla 1, y de otra parte que entre una y otra vinculación se consolidaron interrupciones de más de 15 días entre ellos.

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, se infiere que las actividades desarrolladas por el 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 (*fls. 29-93*) y las certificaciones (*fl.94-100*) expedidas por el Coordinador de Grupo de Apoyo administrativo del SENA, documentos que señalan concretamente el valor y la forma de pago cancelado al contratista por la ejecución del objeto contratado.

De esta forma queda plenamente demostrado que las actividades ejecutadas por el demandante en favor de la entidad demandada, contó con una remuneración, aspecto que estructura el segundo elementos necesarios para demostrar la existencia de un contrato realidad a la luz de la normatividad y jurisprudencia citada.

La subordinación

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

¹⁷ Sentencia de 26 de julio de 2018, expediente No. 66001-23-31-000-2011-00243-01(0130-14), CP Rafael Francisco Suarez Vargas.

En el caso concreto, el demandante fue vinculado mediante los contratos de prestación de servicios No.084 de 2011, 0343 de 2011, 050 de 201, 269 de 201, 324 de 2013, 258 de 2014, sin embargo el objeto consistía en prestar de forma temporal sus servicios profesionales para orientación y desarrollo de los programas de formación que atiende el SENA, por lo que en criterio de este Despacho, dichas actividades se asimilan a las labores que desempeña un servidor que desempeña el cargo de instructor, tal como refieren los testigos practicados, por lo que no debe atenderse a la denominación textual del mismo, puesto que la actividad desarrollada es de carácter misional, que no es otra que impartir formación a la población que atiende el SENA.

En efecto, los testigos LORENA SUAREZ CORREA y PATRICK YOVANY CAÑÓN NUÑEZ, señalaron que conocieron al señor JOSÉ ALBEIRO GÓMEZ MOLANO como instructor del SENA, impartiendo formación profesional en el área de bilingüismo a los aprendices de la demandada, la primera durante los años 2014 a 2016 y el segundo desde el año 2011 a 2015, dictando clases presenciales, ocasionalmente virtual, hasta completar una intensidad horaria de 8 horas diarias, por lo general en el horario de 7:00 am a 1:00 pm o variaba de 8:00 am a 12:00 m y de 2:00 a 6:00 pm, hasta poder reportar 40 horas semanales y 160 horas mensuales, las que no se podían cumplir de manera autónoma, sino dentro de los tiempos estándar establecidos por el SENA y debían cumplirse de acuerdo a las ordenes e instrucciones de los Coordinadores Académicos, quienes además programaban los grupos y las reuniones mensuales a las que era obligatorio asistir y además autorizaban al demandante para ausentarse del trabajo.

Frente a la discrecionalidad y la metodología de la formación impartida por el señor Gómez Molano, los testigos explicaron que el objeto de los contratos de orientar competencias laborales por proyectos, correspondía a una técnica didáctica para poder transmitir conocimiento a los aprendices, por lo que él instructor debía cumplir con unos juicios de calificación, unos saberes y unas competencias, que no le permitían tener capacidad de elegir, porque los temas estaban contenidos en módulos y debía ceñirse a los diseños curriculares dispuestos por el SENA, de acuerdo a las exigencias de cada programa.

Indicaron los deponentes que el demandante no desarrollo otra actividad laboral de manera alterna con la desarrollada en SENA, pese a que para los años 2017 y 2018 no laboraban en el mismo centro, manifestaron tener conocimiento que el demandante se encontraba vinculado a la entidad en los Centros de Sogamoso.

Está demostrado que el objeto de los Contrato No. 654 de 2015, 094 de 2016, 887 de 2017 y 449 de 2018, corresponde a prestar sus servicios personales temporales como **instructor**, de suerte que de conformidad con la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 proferida por el Consejo de Estado, se encuentra amparado por la presunción de **subordinación**, puesto que se asimila a la labor docente ya que se entiende que ésta no se desarrolla de forma independiente, sino que por el contrario conlleva una prestación personal y subordinada al cumplimiento de órdenes, reglamentos, planes y principios integrales del servicio público de educación y, en consecuencia, debe ser protegida en el reconocimiento de una relación laboral.

Así las cosas, el accionante 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.”

En suma, se establece que en los contratos relacionados en la tabla 1, ejecutados entre los años 2011 a 2018, el demandante desarrolló actividades propias del cargo de

instructor del SENA, puesto que los objetos contractuales así lo dispusieron, entonces, se considera que el demandante se desempeñó como instructor en similares circunstancias y condiciones a la labor del docente de la planta de personal de la entidad, llevando 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 parcialmente las pretensiones de la demanda encaminadas al **reconocimiento de una relación laboral** durante los periodos de tiempo en los que el demandante suscribió y ejecutó contratos con la entidad demandada, para desarrollar actividades en calidad de **instructor**, como señalan los testimonios practicados y cuyas actividades realizadas por el contratista se asimilan con la función docente, sobre las cuales la jurisprudencia especializada de esta jurisdicción admite presunción de dependencia o sujeción. En este orden, prima el criterio funcional y de igualdad, puesto que el SENA tiene como misión la formación de los trabajadores colombianos, entonces es el instructor quien cumple o realiza dicha tarea misional, por lo que en este caso no hay distingo entre el contratista y el instructor de planta, por lo menos ninguna diferenciación señalan los testimonios practicados.

11. PRESCRIPCIÓN EN EL CONTRATO REALIDAD

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 Administrativo¹⁸ 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; 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

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 23 de Agosto de 2016. Expediente (0088-15) CE-SUJ2-005-16 MP Carmelo Perdomo Cuéter

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.

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, se genera solución de continuidad entre uno y otro contrato, al tenor de las normas referidas en la providencia en cita, por lo que el análisis del término prescriptivo debe hacerse de manera individual o separada por cada contrato.

Valga precisar que el tiempo de los días de interrupción, se contabilizan en días hábiles desde el día siguiente de la fecha de finalización de cada contrato, hasta el día anterior hábil a la fecha de iniciación del siguiente contrato y no desde la fecha de suscripción del mismo, caso en el cual para que no configure solución de continuidad en la prestación del servicio, no debieron transcurrir más 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 el demandante suscribió contratos de prestación de servicio desde el 21 de enero de 2011, fecha de inicio del contrato 084 (fls.88-93 y 205 CD), hasta 15 de mayo de 2018, fecha de terminación anticipada del contrato 449 del 23 de enero de 2018 (fls.29 - 33) 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 criterio del Tribunal Administrativo de Boyacá¹⁹ que en casos similares al que nos ocupa, el cual es consonante con la sentencia de unificación en cita.

¹⁹ Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia del 20 de marzo de 2018, Rad.2015-00141 MP José Ascensión Fernández, cuyo antecedente es la Sentencia de 26 de octubre de 2016, Rad. 15239-3333-752-2015-5-258-01 MP Clara Elisa Cifuentes

Se encuentra probado el tiempo de ejecución de los contratos 084 de 2011, 343 de 2011, 050 de 2012 y 269 de 2012, tanto la fecha de inicio y como terminación, como quiera que fueron aportadas las actas de inicio en medio magnético contenido en el CD (fl.205), que contiene el expediente administrativo aportado con la contestación de la demanda, sin embargo lo que concierne a los demás contratos, solo se cuenta con las copias de la minuta del contrato que fue aportado con la demanda, por lo que se acude al plazo pactado para contabilizar tales extremos temporales.

En este orden, conforme a la Tabla No.1 elaborada en esta providencia, se reflejan los días de interrupción que trascurrieron entre la finalización de un contrato y la iniciación del siguiente, razón por la cual se colige que los contratos suscritos desde el año **2011** y hasta el vencimiento del plazo del contrato No.00258 suscrito el 17 de enero de 2014, pactado hasta el 12 de diciembre de 2014, hasta la fecha de reclamación administrativa que data del 18 de junio de 2018 (fl.26-28), transcurrió un lapso superior a tres (3) años por lo que operó el fenómeno de la **prescripción** respecto de los derechos económicos prestacionales pretendidos respecto de los contratos ejecutados con anterioridad al **4 de febrero de 2015**, en la medida que entre ellos se presenta solución de continuidad en referencia al siguiente contrato, que en este caso corresponde al No. 654 suscrito el 04 de febrero de 2015, interregno en el que transcurrieron **34 días** hábiles, como refleja la Tabla No. 1 elaborada por el Despacho.

(...)

No. 258 del 17 de enero de 2014	17-01-14 a 12-12-14	Valor \$22.172.809 más adiciones
Interrupción: 34 días contados desde el 13/12/2014 hasta el 03/02/2015.		
No. 654 del 04 de febrero de 2015	04-02-15 a 16-12-15	Valor \$31.461.500

(...)

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

(...) 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 (...)

12. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Parámetros)

Reconocimiento de relación laboral

Conforme a la tesis del contrato realidad y la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁰ se declarará la nulidad parcial de los actos administrativo contenidos en las Resoluciones 0598 del 11 de julio y 0839 del 22 de agosto de 2018, proferidas por los Subdirectores del Centro Minero, Centro de Desarrollo Agropecuario y Centro Industrial de Mantenimiento y Manufactura del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA – Regional Boyacá, así mismo de la Resolución 00990 del 18 de septiembre de 2018 proferida por el Director Regional Boyacá de la citada entidad, que negaron el reconocimiento de una relación laboral entre las partes de la *litis*, así como las prestaciones sociales, bonificaciones y demás emolumentos derivados de ella.

La nulidad del acto que se decretara es parcial en razón a que si bien se probaron periodos en los que efectivamente existió relación laboral, algunos se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción como se señaló anteriormente, en

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, providencia del 29 de enero de 2015, Rad. número: 25000-23-25-000-2008-00782-02(4149-13), CP. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

consecuencia, se ordena el restablecimiento del derecho, en primer lugar mediante la declaratoria de existencia de una relación laboral entre el demandante y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, durante el periodo comprendido entre el **21 de enero de 2011 y el 15 de mayo de 2018**, periodo durante el cual el demandante prestó su servicios profesionales como instructor en procesos de formación.

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 tiempo²¹, en consecuencia se advierte que al demandante le asiste el derecho, para efectos pensionales, al cómputo de la totalidad del tiempo que estuvo vinculado a la entidad demandada mediante una relación laboral enmascarada, 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 Estado²² 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 Tribunal Administrativo de Boyacá²³ en casos similares, al liquidar el valor de la condena en este aspecto, el SENA deberá pagar la totalidad de los aportes **patronales** que no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones, 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 es durante los interregnos de tiempo señalados en la Tabla No. 1, por el desarrollo de actividades de instrucción y formación.
- b) El ingreso base de cotización (IBC), corresponde al valor mensual pactado en cada uno de los contratos por concepto de honorarios.

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 25 de agosto de 2016, Rad. 23001233300020130026001 (00882015).

²² Consejo de Estado, Sentencia del 4 de Febrero de 2016 Exp. (1149-2015) MP Sandra Lisset Ibarra Velez

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

- 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 el demandante.

Liquidación de prestaciones sociales

En la demanda (fl. 144) se pide el reconocimiento de las siguientes prestaciones sociales y laborales: *auxilio de cesantías y sus intereses, vacaciones, primas de vacaciones, navidad, de servicios, bonificación por servicios prestados, prima quinquenal*, sin embargo en consideración a que frente a este listado, no se acreditó que se encuentren previstos en el régimen legal y reglamentario que gobierna al SENA, no podrá accederse con ese alcance, sino que se limita a aquellas prestaciones de carácter legal y comunes aplicables a los funcionarios de la planta de personal que desempeñen actividades como instructor.

Comoquiera 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, el pago de honorarios, en consecuencia la carga prestacional deberá liquidarse con base en el precio pactado en los referidos contratos de forma mensual, como fija la sentencia de unificación del Consejo de Estado²⁴.

Para liquidar la carga prestacional solicitada a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada aplicará los siguientes parámetros:

- a) El ingreso base de liquidación de las prestaciones sociales del demandante, corresponde al valor mensual pactado por honorarios en los contratos de prestación de servicios No. 0654 de 04 de febrero de 2015, 94 de 27 de enero de 2016, 887 de 28 de febrero de 2017, 961 de 28 de marzo 2017 y 449 de 23 de enero de 2018.
- b) Los extremos temporales para liquidar las prestaciones sociales corresponde al plazo de ejecución de los contratos de prestación de servicios.
- c) El demandante tiene derecho a la liquidación y pago de las prestaciones sociales comunes o legales que devengaba un empleado de planta de la entidad demandada, para los años 2015, 2016, 2017 y 2018 en el cargo de Instructor.
- d) En los que pese a que existió relación laboral se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción como se señaló anteriormente, respecto de los contratos No. 0258 de 17 de enero desde 2014, 324 de 25 de enero 2013, 269 de 09 de julio de 2012, 050 de 18 de enero de 2012, 343 de 21 de julio de 2011 y 084 de 21 de enero de 2011 en consecuencia no se reconoce el pago de prestaciones sociales.

13. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EXCEPCIONES

Teniendo en cuenta que la parte demandante logró demostrar la existencia de una relación laboral durante la ejecución de los contratos No.084 de 2011, 343 de 2011, 050 de 2012, 269 de 2012, 324 de 2013, 258 de 2014, 654 de 2015, 94 de 2016, 887 de 2017 y 449 de 2018, se colige que se encuentran infundadas de las excepciones denominadas *inexistencia del derecho, Buena fe e inexistencia de los elementos de una relación laboral y ausencia de subordinación*, esta última por cuanto de acuerdo con los presupuestos aludidos en el marco jurisprudencial fijado para reconocer la existencia de una verdadera relación laboral subyacente, se demostró la existencia del elemento de dependencia del demandante respecto de la entidad demandada.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 23 de Agosto de 2016. Expediente (0088-15) CE-SUJ2-005-16 M.P. Carmelo Perdomo Cuéter "

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

14. INDEXACION

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

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

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta Sentencia, entre el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago.

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

15. 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 de los actos enjuiciados, también lo es que se declara de forma parcial respecto de los derechos laborales no prescrito y por lo mismo la condena y restablecimiento del derecho, no tiene el alcance solicitado.

16. DECISIÓN

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

FALLA:

Primero.- Declarar no fundadas las excepciones denominadas: *inexistencia del derecho, Buena fe, ausencia de subordinación e inexistencia de los elementos de una relación laboral*, propuestas por el SENA.

Segundo.- Declarar la nulidad parcial de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 0598 del 11 de julio y 0839 del 22 de agosto de 2018 proferidas por los Subdirectores del Centro Minero, Centro de Desarrollo Agropecuario y Centro Industrial de Mantenimiento y Manufactura del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA– Regional Boyacá, así mismo de la Resolución 00990 del 18 de septiembre de 2018 proferida por el Director Regional Boyacá de la citada entidad, respecto de la decisión de negar el reconocimiento y pago de prestaciones sociales no prescritas.

Cuarto.- Declarar la existencia de relación laboral entre el señor José Albeiro Gómez Molano y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, durante los lapsos de ejecución de los contratos suscritos y ejecutados por el demandante, los cuales fueron relacionados en la Tabla 1 elaborada en la parte motiva de esta sentencia.

Quinto.- Declarar parcialmente probada la excepción de *prescripción* extintiva de las prestaciones sociales económicas causadas extintiva de las prestaciones sociales y económicas causadas con anterioridad al 15 de enero de 2015, con excepción de los aportes pensionales que son imprescriptibles, bajo los parámetros expuestos.

Sexto.- A título de restablecimiento del derecho, **condenar** al Servicio Nacional de Aprendizaje – Regional Boyacá a **pagar** en favor del señor JOSÉ ALBEIRO GÓMEZ MOLANO identificado con C.C.No. 74.189.163 las siguientes sumas de dinero:

- a) El equivalente a las prestaciones sociales comunes y de carácter legal que devengan los empleados de planta de la entidad en el cargo de Instructor, tomando como base de liquidación el valor mensual pactado como precio de los contratos de prestación de servicios No. 654 de 2015, 094 de 2016, 887 de 2017, 961 de 2017 y 449 de 2018 de conformidad con los parámetros señalados en la parte motiva de esta providencia.
- b) Pagar el aporte el patronal al sistema de seguridad social en pensiones con destino al Fondo Pensional al que se encuentre afiliado el demandante aplicable a los períodos de ejecución de los contratos relacionados en la Tabla 1 elaborada en la parte motiva de esta providencia.

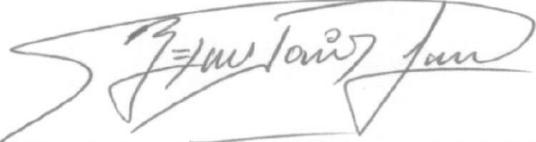
Sexto.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

Séptimo.- No condenar en costas en esta instancia.

Octavo.- 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, 192, 194 y 195 *Ibídem*.

Noveno.- 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

Dvp.