

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: DRA. BETRHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ (E)

Bogotá D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil catorce (2014).-

REF: EXPEDIENTE No. 200012331000201100312 01.

NÚMERO INTERNO: 1994-2013

ACTORA: ENITH DEL CARMEN OSPINO CAMPO.

AUTORIDADES NACIONALES.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Entidad demandada contra la Sentencia de 24 de enero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Enith del Carmen Ospino Campo contra el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del Oficio N°. 2-2010-003862 de 29 de noviembre de 2010, mediante el cual la Directora del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA - Regional Cesar, negó el reconocimiento y pago de los emolumentos prestacionales adeudados, (cesantías y sus intereses, vacaciones, primas de servicios, vacaciones, y navidad, salarios moratorios, sanción por la no afiliación al Fondo de Cesantías, e indexación), que se le deben a la señora Enith del Carmen Ospino Campo y María Fernanda Bastidas Ospin.

A título de restablecimiento del derecho, la demandante solicitó que se condene a la Entidad demandada a liquidarle las prestaciones sociales, tales como: cesantías e intereses, primas de servicios, vacaciones, y navidad, que se generaron durante el periodo laborado por su compañero permanente, desde el 4 de abril de 1989 hasta el 12 de septiembre de 2009; pagar la sanción que se generó por la no afiliación al Fondo de Cesantías del causante, consistente en 1 día de mora por cada día de retardo en la cancelación de estas sumas, de conformidad con dispuesto en el artículo 2° de la Ley 244 de 1995, así como los intereses que se deriven de esta mora; y darle cumplimiento a la Sentencia en los términos previstos en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo; y condenar en costas y agencias en derecho al demandado.

Para sustentar sus pretensiones, la actora expuso los siguientes HECHOS:

El señor Adalberto Batista Andrade (q.e.p.d.) prestó sus servicios personales al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, Seccional Cesar, desde el 4 de abril de 1989 hasta el 12 de septiembre de 2009, día de su fallecimiento, inicialmente se desempeñó como Promotor Profesional Rural, posteriormente ocupó el cargo de Instructor Contratista.

Cumplió un horario de trabajo de lunes a viernes, comprendido entre las 8:00 a.m. y las 12:00 m y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., el último salario devengado fue de DOS MILLONES CINCUENTA

Y DOS MIL PESOS M/CTE (\$2.052.000) mensuales.

El señor Batista Andrade (q.e.p.d.), estaba subordinado por el Subdirector del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, Seccional Cesar, quien ostentaba la calidad de jefe inmediato.

El Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, no le canceló las prestaciones sociales derivadas de su labor, como las cesantías y sus intereses, primas de servicios, vacaciones, y navidad, y auxilio de alimentación, desde el 4 de abril de 1989 al 12 de septiembre de 2009.

Durante ese periodo, la Entidad demandada no lo afilió al Sistema de Seguridad Social Integral por concepto de pensión – salud – riesgos profesionales, ni a un Fondo de Cesantías.

El señor Adalberto Batista Andrade (q.e.p.d.) y la señora Enith del Carmen Ospino Campo, conformaron una Unión Marital de Hecho estable, permanente y singular, con una convivencia de más de 20 años, esto es, desde el 18 de junio de 1987 hasta el 12 de septiembre de 2009, en la que procrearon 2 hijos, Jesús Alberto y María Fernanda Batista Ospino, la segunda menor de edad.

La señora Ospino Campo a través de Oficio sin número de 5 de noviembre de 2010, en vía gubernativa, solicitó al SENA el reconocimiento y pago de los emolumentos prestacionales adeudados, tales como: cesantías y sus intereses, vacaciones, primas de servicios, vacaciones, y navidad, sanción por la no afiliación a un Fondo de Cesantías, salarios moratorios, indexación y demás derechos que le adeudan como compañera permanente del causante.

La Directora Regional del Cesar de la Entidad demandada, mediante Oficio N°. 2-2010-003862 de 29 de noviembre de 2010, el cual fue recibido el 2 de diciembre de 2010, le negó el reconocimiento y pago de los emolumentos prestacionales solicitados.

En Sentencia de 3 de septiembre de 2010, el Juez Primero Laboral del Circuito de Valledupar, declaró a la señora Ospino Campo como “compañera permanente” del causante, señor Adalberto Batista Andrade, y le reconoció la pensión de sobreviviente.

El 27 de octubre de 2010, mediante Resolución N°. 006585 el Instituto de los Seguros Sociales, le reconoció a la señora Enith Ospino Campo y a su hija menor, María Fernanda Batista Ospino la pensión de sobreviviente, en calidad de compañera permanente y de hija menor de edad del causante.

El 30 de marzo de 2011, en cumplimiento de la Ley 1285 de 22 de enero de 2009, se llevó a cabo Audiencia de Conciliación ante la Procuraduría Judicial para asuntos administrativos, la cual fue declarada fallida.

#### NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como disposiciones violadas (fl. 89 a 91) citó los artículos 1°, 2°, 13, 25, 48, 53, 58 de la Constitución Política; 8° y 11° del Decreto Ley 3135 de 1968; 8° del Decreto Ley 3135 de 1968; 8° y 25 del Decreto Ley 1045 de 1978; 15 de la Ley 100 de 1993; y 1° y 2° de la Ley 244 de 1995.

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – Regional Cesar, mediante apoderado, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, mediante escrito en el que se opuso a las pretensiones

formuladas por la demandante, con base en los siguientes argumentos (fls. 111 a 115):

El Señor Batista Andrade prestó sus servicios a esta Entidad, pero mediante la modalidad de Orden de Prestación de Servicios, las que desarrolló en periodos interrumpidos, pues estaba supeditado a las necesidades de instrucción en el área de su conocimiento y para lo cual estaba específicamente contratado.

Ejecutó por cuenta propia, la prestación del servicio, sin subordinación, aunque se encontraba sometido a una programación de horarios de clases presenciales, que en su calidad de Instructor estaba en el deber de cumplir, ya que así se convino contractualmente, pero no existió sumisión en su horario de entradas y salidas.

Dentro de los contratos que se firmaron, se pactó una suma equivalente a honorarios, que el contratista devengaría por el término de la convención, prestación que se le cancelaba una vez cumplía con los requisitos exigidos para el pago, consistentes en: el Informe de Inventoría y el pago de la Seguridad Social.

No existió subordinación, pues el Subdirector de la Entidad, solo cumplía con sus funciones de vigilancia, es decir, estaba pendiente del cumplimiento de los deberes pactados contractualmente.

La Entidad no estaba obligada contractual, ni legalmente a pagar las prestaciones del señor Batista Andrade, como tampoco a afiliarlo a la Seguridad Social Integral por concepto de pensión, salud y riesgos profesionales, ni a un Fondo de Cesantías.

Con relación a la Sentencia de 3 de septiembre de 2010, del Juez Primero Laboral del Circuito de Valledupar que: “declaró a la señora Enith Ospino Campo como compañera permanente”, indicó que esa prueba demuestra una circunstancia diferente al reconocimiento y/o declaración de compañera permanente de la accionante por parte del Juez de la República.

Se pactaron con el señor Batista Andrade, “Órdenes de Prestación de Servicios” que debían ejecutarse de manera independiente y por cuenta propia, por lo que no se puede pretender simular un contrato de trabajo, pues, éste no formaba parte de la planta de personal de la Entidad, ni se acreditó probatoriamente, que se configurará el elemento de la subordinación.

Entre el señor Batista Andrade y el SENA se configuró una relación contractual, bajo los parámetros legales de la Ley 80 de 1993 artículo 32 inciso 3°, correlación que según la misma norma no genera relación laboral, ni conlleva la “causación” de prestaciones sociales, más teniendo en cuenta que la labor se ejecutó de manera discontinua y con limitación en el tiempo, toda vez que estaba supeditado a la disponibilidad de horas cátedra de la materia que como instructor dictaba, de la disponibilidad de las aulas y de los grupos de alumnos que se conformaran.

Adujo, que lo que se le exigió al señor Batista Andrade para ejercer sus funciones fue responsabilidad, seriedad, profesionalismo y disponibilidad personal, pero en ningún momento se le impuso el Reglamento Interno de Trabajo, ni fue sometido a vigilancia ni al control interno que realiza la Entidad a sus empleados de planta, por lo que es evidente una falta de causa para invocar el derecho reclamado.

Propuso las siguientes excepciones:

1. Falta de legitimación en la causa por activa. La demandante reclamó un derecho para lo cual no está jurídicamente habilitada, en virtud a que no hay una declaración Judicial que le reconozca el derecho de compañera permanente del señor Adalberto Batista Andrade, toda vez que no puede argüirse que el hecho de un reconocimiento de una pensión sustitutiva, equivalga a obtener ese estatus jurídico.

Así mismo, el Juez Laboral no es el competente para declarar esa condición, o al menos, ésta no podría surtir efectos obligantes frente a reclamaciones diferentes a las que el Despacho profirió, es decir, tal decisión no puede expandir sus efectos jurídicos sobre otros asuntos, esto atañe solo al tema particular, pues, el Juez de Familia, es el competente para efectuar tal declaración.

La actora no acreditó la condición de compañera permanente, por lo que la acción adolece de un presupuesto procesal, configurándose la falta de legitimación.

2. Falta de causa para pedir la declaratoria de nulidad del acto administrativo. La falta de titularidad del derecho por parte de la actora, hace inexistente la estimación o ponderación de algún efecto jurídico de lo pretendido, frente a la persona natural o jurídica que de conformidad con la Ley deba asumir la declaratoria de la relación jurídica motivo de la demanda, es decir, la demandante carece de legitimidad para solicitar la nulidad del acto demandado.

3. Prescripción de acreencias laborales. En el evento de una declaratoria del reconocimiento de las prestaciones laborales solicitadas, se debe tener en cuenta que estas están cobijadas por la prescripción extintiva de acreencias laborales, de conformidad con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

4. Buena fe. La Entidad pagó lo que “consideró” adeudar al señor Batista Andrade, conforme a los lineamientos legales y jurisprudenciales.

**5. Genérica o innominada.** “Debe declararse de lo que resulte probado en el proceso, en virtud de no requerir formulación expresa”.

## LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante Sentencia de 24 de enero de 2013, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Enith del Carmen Ospino Campo, contra el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA. Sustentó la decisión en los siguientes argumentos (fls. 192 a 213):

El A quo se refirió al Contrato Realidad basándose en los antecedentes jurisprudenciales del Consejo de Estad–, para determinar si se dieron los presupuestos que conforman una relación laboral, estableciendo:

El Contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los 3 elementos que caracterizan una relación laboral, pero fundamentalmente cuando se prueba la subordinación o dependencia por parte del empleador, lo que trae como consecuencia el derecho al pago de las prestaciones sociales a favor del contratista.

La labor de docente, es una actividad que no es independiente, sino que el servicio se presta personalmente y está subordinado al cumplimiento de los reglamentos propios de esta actividad, encontrándose este elemento ínsito en la función que desarrollan los docentes.

En el caso concreto, no hubo desacuerdo entre las partes de la existencia de 2 de los 3 elementos

que configuran una relación laboral, como lo son: la prestación personal del servicio y su pago, por lo que se centró en determinar si existió subordinación hacia el señor Batista Andrade de parte de la Entidad.

Los contratos y/o órdenes de prestación de servicios que se encuentran en el expediente, fueron firmados por las partes, lo que demostró que durante todo el período de trabajo el causante cumplió con sus actividades, reportando la información académica y administrativa de acuerdo a sus responsabilidades institucionales asignadas y dentro de los términos establecidos, lo que generó subordinación al contratista.

Ahora bien, el Contrato de Prestación de Servicio N°. 0001408 de 2009, en su cláusula 5ª numeral 14, explicó: “(...) que el contratista debe (...) cumplir cabalmente los deberes que le impone la constitución, la Ley y los **reglamentos internos**”, por lo tanto, consideró que es una forma de “simular” un contrato laboral en detrimento de los derechos del trabajador, pues si lo pretendido por el SENA era la existencia de un contrato de prestación de servicios, no se entiende por qué el actor tenía que cumplir los “reglamentos internos” de la Entidad, a pesar de la calidad del contrato, éste debe ser ajeno a las situaciones internas de dicho ente.

La declaración juramentada del señor José Joaquín Amaya Rondón, trabajador de planta del SENA, durante el período en que el causante prestó sus servicios, evidenció la subordinación de éste, al señalar: “(...) el señor ADALBERTO BATISTA ANDRADE (q.e.p.d.), durante el tiempo en que compartieron en el SENA, le tocaba cumplir horario, de 8:00 AM a 12:00 PM y de 2:00 PM a 6:PM (sic), y a veces le tocaba trabajar (dar clase) por fuera del municipio (en veredas), siendo supervisado por ORLANDO OLMOS, RICARDO DURÁN, LUVÍN VARELA y LUZ ESTELA SALAZAR, entre otros (...)”, por lo que, indicó que se configuró un contrato laboral donde existió la prestación personal del servicio, el pago por esta labor y la subordinación.

Con relación a la prescripción, el Consejo de Estado expresó que hay ausencia de ésta cuando se reclaman prestaciones generadas por la suscripción de contratos de prestación de servicios, toda vez que los derechos laborales reclamados se declaran existentes a partir de tal decisión, dado el carácter constitutivo de derechos que tiene la Sentencia.

En lo referente a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, indicó que en el expediente se encontró copia de la Sentencia del Juez Primero Laboral del Circuito de Valledupar, donde se reconoció a la señora Enith del Carmen Ospino Campo, como compañera permanente del causante, señor Adalberto Batista Andrade (q.e.p.d.), y concluyó que en el proceso laboral se presentaron las pruebas idóneas que llevaron al Juez a darle tal calidad, en consecuencia, consideró que hay legitimación por activa.

El derecho a reclamar Prestaciones Sociales a título de reparación, relacionado con el contrato realidad, solo se materializa a partir de la ejecutoria de la Sentencia que así lo resuelve, por lo que la decisión adoptada de declarar nulo el Oficio N°. 2-2010-003862 de 29 de noviembre de 2010, expedido por la Directora Regional Cesar del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, conlleva a la reparación y que “éste se haga de manera total”, teniendo en cuenta el tiempo en que estuvo vinculado el señor Batista Andrade a través de contratos de prestación de servicios.

Por lo anterior, reconoció a título de indemnización, una suma equivalente a las prestaciones pagadas por la Entidad demandada, a quienes desempeñen empleos con características similares, e indicó que para el efecto se tomaría como base el valor pactado en los respectivos contratos de

prestación de servicios u orden de trabajo, a favor de la señora Enith del Carmen Ospino Campo y María Fernanda Batista Ospino, en calidad de compañera permanente e hija, respectivamente.

## EL RECURSO

Dentro de la oportunidad legal, el apoderado del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – Regional Cesar, interpuso recurso de apelación en contra de la Sentencia de Primera Instancia, mediante escrito en el que solicitó revocarla y, en su lugar, negar las pretensiones formuladas por la actora. Sustentó la impugnación con los siguientes argumentos (fls. 215 a 221):

Entre el señor Adalberto Batista Andrade y la Entidad demandada no hubo relación laboral, toda vez que éste fue contratado a través de Órdenes de Prestación de Servicios, en las que estaba bajo supervisión de algún funcionario, lo que no constituyó el elemento de la subordinación en la relación laboral.

El señor Batista Andrade se desempeñó como contratista, por lo que no tenía derecho a las prestaciones reclamadas en la demanda, como son: cesantías y sus intereses, salarios moratorios, indexación de estas sumas y sanción moratoria.

El A quo resaltó en su decisión, la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre la forma, aduciendo que al configurarse una subordinación, debe reconocerse la existencia de una relación laboral, por lo que se evidenció un errado juicio de valoración probatoria, pues no se pueden otorgar prestaciones sociales, toda vez que éstas son propias de los servidores que cumplen todas las formalidades sustanciales de derecho público.

Ahora bien, es importante resaltar que no se logró probar la “subordinación”, pues el señor Batista Andrade se desempeñaba como Instructor del SENA, por un periodo establecido, labor que fue prestada de manera interrumpida, cumpliendo un horario y sometido a las especificaciones del programa elaborado por el contratante, hasta el tiempo que fuere necesario para cumplir con los programas concebidos por la Entidad.

No se puede confundir el seguimiento que se hace para garantizar la prestación de un buen servicio, con una subordinación, pues como lo ha indicado el Consejo de Estado, deben probarse los tres elementos constitutivos de la relación laboral y así hacerse acreedor al derecho de unas prestaciones sociales, empero, lo que se presentó en este caso, fue una relación de coordinación para verificar la calidad de la labor realizada por el referido contratista, que fue confundida con la subordinación, elemento que no está probado.

Se ha sostenido que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación respecto a sus actividades, lo que no deja de lado que se deban seguir unas condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, como son el horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, el reporte de informes de sus resultados, sin llegar a configurarse la subordinación.

Para determinar la existencia de la “subordinación” el A quo solo tuvo en cuenta el testimonio del señor José Joaquín Amaya Rondón, quien manifestó que la labor del señor Batista Andrade fue ininterrumpida, afirmación que no es cierto, toda vez que en las Órdenes de Prestación de Servicio se evidenció que fueron interrumpidas por un lapso entre una y otra, sin tener continuidad. Afirmó que cumplía horario y que prestó sus servicios fuera del Municipio de Valledupar, de lo que es lógico deducir que no conocía los movimientos del señor Batista.

Por lo anterior, se observó que no se desvirtuó la autonomía e independencia del contratista en la labor prestada, la que desempeñó desde el punto de vista técnico y científico, bajo la supervisión y control del Jefe de Área o Centro correspondiente que tenía bajo su supervisión el contrato, confundiendo ésta, que solo es una coordinación, y que no implica la configuración de una relación laboral, para poder establecerse la subordinación.

Así mismo, no se probaron las funciones que desempeñó el señor Batista Andrade y no resulta suficiente para determinar la subordinación, la declaración que sirvió de base para la decisión, pues, tiene inconsistencias, por cuanto no se refirió a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaecieron los hechos, como tampoco se probó que los empleados del SENA cumplieran las mismas funciones y una igualdad de condiciones, ni que la labor fuera dependiente y subordinada.

La decisión del Juez de Primera Instancia carece de fundamento legal al declarar la nulidad del acto administrativo emitido por esta Entidad, y en consecuencia, haber declarado la existencia de un “contrato realidad”, trayendo como contraprestación el reconocimiento de las prestaciones sociales a que tendría derecho el señor Batista Andrade (q.e.p.d.) en cabeza de Enith Ospino y María Fernanda Batista Ospino, en su calidad de compañera permanente e hija menor de edad, respectivamente, por lo que solicitó se revoque la Providencia recurrida.

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

## CONSIDERACIONES

### PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si la señora Enith del Carmen Ospino Campo, en calidad de compañera permanente del señor Adalberto Batista Andrade y en representación de su hija menor María Fernanda Batista Ospino, tienen derecho a que el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- **les pague las prestaciones que le adeuda como consecuencia del “Contrato Realidad” suscrito para el desempeño del cargo de “Instructor Contratista”, entre el 4 de abril de 1979 y el 12 de septiembre de 2009; o si por el contrario, se celebraron contratos de Prestación de Servicios, conforme a la Ley 80 de 1993.**

### Acto Acusado

Oficio N°. 2-2010-003862 de 29 de noviembre de 2010, suscrito por la Directora del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- Regional Cesar, que negó el reconocimiento de la relación laboral y el pago de las prestaciones sociales, como son: cesantías e intereses, vacaciones, primas de servicios, vacaciones, y navidad, sanción por la no afiliación a un Fondo de Cesantías, salarios moratorios, e indexación; que le adeudan a la actora en su condición de compañera permanente del causante señor Adalberto Batista Andrade y en representación de su hija menor María Fernanda Batista Ospino. (fls. 60 y 61).

### De lo probado en el proceso

Que el señor Adalberto Batista Andrade, falleció el 12 de septiembre de 2009, según consta en el Registro Civil de Defunción, expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil. (fl. 3)

Que de conformidad con el Registro Civil de Nacimiento de María Fernanda Batista Ospino

expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, donde consta que es hija del causante. (fl.6)

Que el señor Batista Andrade, suscribió Órdenes de Trabajo Nrs. 781 de 1998, 222 de 2000, 478, 620, 054, 357, 582, 875 de 2001, 230, 473, 544 de 2002, 2031510 de 2003, 559 de 2003, 071, 067 de 2004, 012, 174 de 2007, 109, 292 de 2008, 148 de 2009, con el fin de prestar sus servicios como “instructor contratista”. (fls. 7 a 42).

Que mediante Sentencia de 3 de septiembre de 2010, el Juez Primero Laboral del Circuito de Valledupar reconoció a la señora Enith del Carmen Ospino Campo como compañera permanente del causante. (fls 62 a 71).

Que mediante Resolución N°. 006585 de 27 de octubre de 2010, expedida por el Jefe del Departamento de Pensiones del Seguro Social – Seccional Santander, se concedió la pensión de sobreviviente causada por el fallecimiento del señor Adalberto Batista Andrade a la señora Enith del Carmen Ospino Campo y a su hija menor María Fernanda Batista Ospino. (fls. 74 a 76).

Que con Oficio radicado bajo el N°. 1-010-002504 de 8 de noviembre de 2010, la señora Enith del Carmen Ospino Campo solicitó a la Directora Seccional Cesar del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, el pago de las prestaciones sociales del señor Adalberto Batista Andrade (q.e.p.d.). (fl. 58 y 59).

Que mediante Oficio N°. 2-2010-003862 de 29 de noviembre de 2010, la Directora Regional Cesar del SENA, dio respuesta a la petición anterior, y negó las pretensiones solicitadas, argumentando que la relación que existió entre el causante y la Entidad fue a través de “contratos de orden de servicio”, que se encuentran estipulados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. (fls. 60 y 61).

#### Testimonios

A folios 174 obra el testimonio de la señora Herminia del Carmen Ensuncho, quien afirmó conocer al señor Batista Andrade desde el año 1997, quien convivía con la señora Enith del Carmen Ospino Campo y que de esa unión nacieron dos hijos, e indicó que se separaron por la muerte de él.

A folios 182 y 183 se aportó la declaración que rindió el señor José Joaquín Amaya Rondón, compañero del señor Batista Andrade, quien aseguró haber trabajado con él, aproximadamente desde el 4 de abril de 1989, adujo también conocer a la señora Enith del Carmen Ospino Campo cuando compartía con el señor Batista en “algunos eventos” organizados por la Empresa, también conoció a uno de los hijos, y aseguró que la relación de la señora Enith con el señor Batista era de “marido y mujer”, además tenía conocimiento de que sus hijos dependían económicamente de él.

Aseguró, que el señor Batista se desempeñó en el Área de “Acuicultura” como Instructor desde el 4 de abril de 1989 hasta el 4 de septiembre de 2009 en un horario de 8:00 a.m. a 12:00 del día y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., algunas veces “impartía” información en las veredas, por lo que su horario se extendía, y recibía órdenes de los Subdirectores. Finalmente adujo que la labor fue continúa.

#### ANÁLISIS DE LA SALA





contratación de personas ajenas a la entidad.

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

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

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:

1. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la Ley.
2. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de Empleado Público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.
3. No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, la cual se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.
4. La situación del Empleado Público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.
5. Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico.

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (art. 53 C.P.). subrayado por la Sala.

Tal posición ha sido adoptada por la Sala en los siguientes términos:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

(...)

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los periodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:

(...)

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad.”

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

Teniendo en cuenta el criterio Jurisprudencial expuesto, procede la Sala a realizar el estudio del caso concreto, de la siguiente manera:

Del caso concreto

**La Entidad demandada, en el recurso de apelación manifestó que el A quo se equivocó al acceder a las pretensiones de la demanda, pues consideró que no hay pruebas suficientes para determinar que se configuró entre ésta y el señor Batista un Contrato Realidad, toda vez que la subordinación, uno de los elementos que constituye la relación laboral, no se logró comprobar.**

De las funciones

Dentro del estudio del expediente se observó que el causante cumplió con las actividades impuestas por la Entidad, desempeñándose como “instructor Contratista”, las cuales eran: reportar información académica y administrativa de las responsabilidades asignadas, además que prestaba el servicio en forma personal con un horario establecido, y a cambio de ello recibía una remuneración, esto de conformidad a las certificaciones laborales de 21 de mayo de 1990 (fl. 46) y de 21 de octubre de 2011 (fl. 126).

Así mismo, se allegaron al plenario, las “Prestaciones de Orden de Servicios”, (**fls. 7 a 42**) que evidencian la existencia de una relación laboral subordinada, si se tiene en cuenta que el señor Batista Andrade al desempeñarse como “instructor contratista” debía ejecutar programas académicos impuestos por la Entidad, colaborar con la disciplina del plantel educativo, cumplir las **funciones de conformidad con las exigencias e instrucciones del Centro Educativo y las normas educativas en general.**

De la subordinación.

**El artículo 44 del Decreto N°. 2277 de 1977 señala dentro de los deberes de los educadores: “cumplir las órdenes inherentes a su cargo que le impartan sus superiores jerárquicos; cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo (...).”**

Mal podría sostenerse, entonces, que existió una relación de coordinación, cuando la actividad se cumplió de conformidad con las orientaciones emanadas por la Entidad demandada donde prestó sus servicios de manera subordinada y no bajo su propia dirección y gobierno.

Así se observa en los contratos suscritos entre el señor Batista Andrade y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, al señalar las obligaciones del contratista:

Convenio N°. 199035 de 16 de junio de 2003, fls. 26 y 27.

“(...) Dictar la totalidad de las horas contratadas, de acuerdo con el programa de formación, los horarios, los términos los contenidos y la calidad establecida por el SEN-. (...)”.

Orden de Trabajo o Servicio N°. 7100875, de 26 de diciembre de 2001, fls. 14

“(...) **CLÁUSULA:** DE COMÚN ACUERDO ENTRE LAS PARTES FIRMANTES SE ACORDÓ LA SUSPENSIÓN DE LAS LABORES OBJETO DEL CONTRATO A PARTIR DEL DÍA 28 DE DICIEMBRE DE 2001, POR HABERSE DECRETADO VACACIONES COLECTIVAS EN EL CENTRO AGROPECUARIO, REINICIÁNDOSE LABORES NUEVAMENTE EL DÍA 24 DE ENERO DE 2002 (...)”.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario analizar los tres elementos existentes en la relación laboral, es decir, como ya se indicó, prestación personal del servicio, remuneración y subordinación.

Sobre el primero y segundo, la Sala dirá que en efecto se probaron, pues de los contratos, se concluye que el servicio fue prestado y pagado exclusivamente al señor Batista Andrade.

Ahora bien, en la declaración rendida por el señor José Joaquín Amaya Rondón, obrante a folios 182 y 183 indica sobre la relación contractual, que:

“(...) SI CONOCÍ AL SEÑOR ADALBETO, APROXIMADAMENTE DESDE EL 4 DE ABRIL DE 1989, SE PUEDE DECIR CASI HASTA SUS ÚLTIMOS DIAS (...)  
**PREGUNTADO:** MANIFIESTE AL DESPACHO A QUE ACTIVIDAD SE DEDICABA EL CAUSANTE SEÑOR ADALBERTO “BAUTISTA” (SIC) EN LA ENTIDAD DEMANDADA SENA Y APROXIMADAMENTE DE QUE FECHA A QUE FECHA SE DESEMPEÑO COMO INSTRUCTOR DEL SENA. **CONTESTADO:** LA ACTIVIDAD QUE DESEMPEÑABA EL COMPAÑERO “BAUTISTA” (SIC) ERA EN EL AREA DE ACUICULTURA, COMO INSTRUCTOR Y LA FECHA “EN DESDE” (SIC) EL 4 “ADE” (SIC) ABRIL DE 1989 HASTA EL 4 DE SEPTIEMBRE DE 2009.

(...)

EL HORARIO MIENTRAS ESTUVO LABORANDO EN EL CENTRO AGROPECUARIO ERA DE 8:00 A 12:00 DEL DIA Y DE 2:00 A 6:00 DE LA TARDE, CUANDO LE TOCABA POR FUERA, PORQUE AVECES IMPARTIA FORMACION EN LAS VEREDAS SE EXTENDIA MAS DE ESE HORARIO (...)

**PREGUNTADO:** MANIFIESTE AL DESPACHO DE QUIEN RECIBIA ORDENES EL SEÑOR “BAUTISTA” (SIC) Y CUAL ERA SU JEFE INMEDIATO AL DESEMPEÑAR SU LABOR COMO INSTRUCTOR. **CONTESTADO:** EN EL CENTRO AGROPECUARIO LA MAXIMA AUTORIDAD SON LOS SUBDIRECTORES (...)

**PREGUNTADO:** MANIFIESTE AL DESPACHO SI LA LABOR QUE DESEMPEÑABA EL SEÑOR “BAUTISTA” (SIC) ERA CONTINUA, PERMANENTE. **CONTESTADO:** DESCONOZCO LA PARTE CONTRACTUAL, COMO SE CONTRATABA, SI ERA CONTINUA (...).”

De lo anterior, se advierte la presencia del elemento de la subordinación en la relación laboral, por cuanto el señor Batista Andrade, debía cumplir una jornada laboral y recibía órdenes de los subdirectores del Centro Agropecuario del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

**Además de la configuración de la relación laboral por estar presentes sus elementos característicos, advierte la Sala que el señor Batista Andrade, ejecutaba una labor de formación en “Piscicultura”, rigiéndose por la normatividad que regula la educación en nuestro país, como se indica a continuación:**

**La Ley 119 de 1994 “Por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones.”, establece:**

**ARTÍCULO 4o. FUNCIONES.** Son funciones del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, las siguientes:

**10. Expedir títulos y certificados de los programas y cursos que imparta o valide, dentro de los campos propios de la formación profesional integral, en los niveles que las disposiciones legales le autoricen.** (Negrilla y Rayas fuera del texto)

Por su parte, el Decreto 1424 de 1998 publicado en el Diario Oficial No. 43.349 de 29 de julio de 1998 “Por el cual se establece el sistema salarial de evaluación por méritos para los Instructores del Servicio Nacional de Aprendizaje-Sena”, definió la Educación con el siguiente tenor literal:

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

El artículo 2 del Decreto 1426 de 1998 “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos públicos del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.”, publicado en el Diario Oficial No. 43.349 de 29 de julio de 1998, clasifica el cargo de Instructor conforme con las siguientes funciones:

**“Comprende los empleos cuyas funciones principales consisten en impartir formación profesional, desempeñar actividades de coordinación académica de la formación e investigación aplicada.” (Resalta y Subraya la Sala)**

La regulación anterior aplicable a los Instructores del SENA, establece que dicha Entidad tiene como función permanente impartir formación laboral y profesional certificando a los estudiantes que cursan los programas y cursos que ofrece; define la educación como todos aquellos procesos

especializados tendientes a la obtención de certificados, títulos o grados; e indica que el cargo de Instructor coordina y ejecuta actividades académicas.

Ahora bien, la Ley 115 de 1994, establece en su artículo 1°, que:

**“OBJETO DE LA LEY. La educación es un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes.**

**La presente Ley señala las normas generales para regular el Servicio Público de la Educación que cumple una función social acorde con las necesidades e intereses de las personas, de la familia y de la sociedad. Se fundamenta en los principios de la Constitución Política sobre el derecho a la educación que tiene toda persona, en las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra y en su carácter de servicio público.**

De conformidad con el artículo 67 de la Constitución Política, define y desarrolla la organización y la prestación de la educación formal en sus niveles preescolar, básica (primaria y secundaria) y media, **no formal** e informal, dirigida a niños y jóvenes en edad escolar, **a adultos, a campesinos**, a grupos étnicos, a personas con limitaciones físicas, sensoriales y psíquicas, con capacidades excepcionales, y a personas que requieran rehabilitación social.

La Educación Superior es regulada por ley especial, excepto lo dispuesto en la presente Ley.”(Resalta y Subraya la Sala).

A su vez el artículo 2° ídem, preceptúa:

**“SERVICIO EDUCATIVO. El servicio educativo comprende el conjunto de normas jurídicas, los programas curriculares, la educación por niveles y grados, la educación no formal, la educación informal, los establecimientos educativos, las instituciones sociales (estatales o privadas) con funciones educativas, culturales y recreativas, los recursos humanos, tecnológicos, metodológicos, materiales, administrativos y financieros, articulados en procesos y estructuras para alcanzar los objetivos de la educación.”.**

Los artículos 36 y 37 de la citada Ley 115 de 1994, definen la educación no formal, con el siguiente tenor literal:

**“ARTÍCULO 36. DEFINICIÓN DE EDUCACIÓN NO FORMAL. La educación no formal es la que se ofrece con el objeto de complementar, actualizar, suplir conocimientos y formar, en aspectos académicos o laborales sin sujeción al sistema de niveles y grados establecidos en el Artículo 11 de esta Ley.”**

**“ARTÍCULO 37. FINALIDAD. La educación no formal se rige por los principios y fines generales de la educación establecidos en la presente ley. Promueve el perfeccionamiento de la persona humana, el conocimiento y la reafirmación de los valores nacionales, la capacitación para el desempeño artesanal, artístico, recreacional, ocupacional y técnico, la protección y aprovechamiento de los recursos naturales y la participación ciudadana y comunitaria.”**

Conforme con la normatividad citada, la función prestada por el SENA a través de los Instructores se orienta a una formación integral, profesional y laboral certificando a sus estudiantes, es decir, que por estas características y su naturaleza se clasifica dentro de un sistema de educación no formal. No puede ser otra su categoría, pues no hace parte de los niveles propios de educación formal establecidos en el artículo 11 de la Ley 115 de 1994 (preescolar, educación básica y educación media) ni se cataloga dentro de la definición de educación informada

, regulándose en lo concerniente por las normas generales del Servicio Público de Educación.

El artículo 42 de la Ley 115 de 1994 permite que los maestros que prestan sus servicios en los Centros de Educación para Adultos, puedan computar su tiempo para el Escalafón Nacional Docente siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en el Decreto 2277 de 1979, comprobándose de esta manera que la educación no formal se rige por las normas generales de educación, con el siguiente tenor:

**“ARTÍCULO 42. REGLAMENTACIÓN. La creación, organización y funcionamiento de programas y de establecimientos de educación no formal y la expedición de certificados de aptitud ocupacional, se regirá por la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.**

**PARÁGRAFO. El tiempo de servicio que presten los docentes en los Centros de Educación de Adultos, es válido para ascenso en el Escalafón Nacional Docente, siempre y cuando reúna los requisitos del Decreto-ley 2277 de 1979.”**

Significa lo anterior que la labor de formación en el SENA no es independiente, sino que el servicio se presta en forma personal y de manera subordinada al cumplimiento de los Reglamentos, fines y principios del Servicio Público de la Educación, cumpliendo su actividad conforme a las directrices impartidas no sólo por el SENA sino por las autoridades educativas y sin gozar de independencia con respecto a la actividad desarrollada.

Mal podría sostenerse, entonces, que existió una relación de coordinación, cuando la actividad del señor Batista Andrade se cumplió de conformidad con las orientaciones emanadas por el SENA, prestando sus servicios de manera subordinada y no bajo su propia dirección y gobierno

Ahora bien, dentro del plenario no existen pruebas documentales que demuestren claramente el elemento de subordinación, Vr.gr., llamados de atención, memorandos, sanciones, felicitaciones, investigaciones disciplinarias etcétera, que permitan afirmar que dependía del superior jerárquico, recibiendo órdenes continuas y realmente subordinadas, empero, tal elemento debe ser apreciado con las funciones inherentes a la labor docente, al criterio Jurisprudencial expuesto y al contenido de los Contratos de Prestación de Servicios, como uno de los indicios que contribuyen a la convicción del Juez sobre la situación fáctica materia de conocimiento.

Según obra en el expediente, se suscribieron con el señor Batista Andrade Contratos y Órdenes de Prestación de Servicios, de forma casi continua, no se trató, entonces, de una relación o vínculo de tipo esporádico u ocasional, sino de una verdadera relación de trabajo que, por ello, requirió de la continuidad durante más de 10 años, constituyéndose en un indicio claro de que bajo la figura del Contrato de Prestación de Servicios, se dio en realidad una relación de tipo laboral. Así lo demuestran las Órdenes de Servicio obrantes a folios 7 a 42 del expediente:

Orden de Servicio	Duración	Objeto
No. 000781	240 horas – desde el 1° de junio al 30 de julio de 1998	Prestar servicio como instructor contratista en los programas CAISA – en el área de Piscicultura.
No. 7100222	228 horas – desde 5 febrero a 30 de marzo de 2000	Dictar bloques modulares de trabajador calificado en Piscicultura, en el Municipio de Chiriguana.
No. 7100478	428 horas – desde 17 de mayo a 23 de junio de 2000	Dictar bloques modulares de trabajador calificado en Piscicultura, en el Municipio de Valledupar.
No. 7100620	492 horas – desde 18 de julio a 13 de diciembre de 2000	Dictar bloques modulares en Piscicultura, en el Municipio de Valledupar.
No. 7100054	600 horas – desde 20 de febrero al 22 de junio de 2001	Dictar bloque modular de “CRIDOR” (sic) de peces en estanque, en el curso de trabajador calificado en Piscicultura, en el Municipio de Chiriguana.
No. 7100354	342 horas – desde 9 de julio a 30 de septiembre de 2001	Dictar en el bloque criador de peces en estanque, en el curso de trabajador calificado en Piscicultura, en el Municipio de Chiriguana.
No. 7100582	120 horas – desde 4 a 31 de octubre de 2001	Dictar en el bloque criador de peces en estanque, en el curso de trabajador calificado en Piscicultura, en la Ciudad de Valledupar.
		Dictar bloque modular de características de explotaciones Piscícolas, mantenimiento y adecuación de estanques, calidad de agua, siembra de especies Piscícolas; en el curso de trabajador calificado en Piscicultura, en la Ciudad de



No. 7100875	324 horas – desde 27 de dic. de 2001 a 12 de abril de 2002	Valledupar.  CLÁUSULA: De común acuerdo entre las partes firmantes se acordó la suspensión de las labores objeto del contrato a partir del día 28 de diciembre de 2001, por haberse decretado vacaciones colectivas en el Centro Agropecuario, reiniciándose labores nuevamente el día 24 de enero de 2002.
No. 7100230	306 horas – desde 15 de abril a 28 de junio de 2002	Dictar bloque modular de características de explotaciones Piscícolas, mantenimiento y adecuación de estanques, calidad de agua, siembra de especies Piscícolas; en el curso de trabajador calificado en Piscicultura, en la Ciudad de Valledupar.
No. 7100473	269 horas – desde 18 de julio a 30 de septiembre de 2002	Dictar bloque modular de nutrición, reproducción, enfermedades, cultivo y cosecha de peces, en el curso de trabajador calificado en Piscicultura, en la Ciudad de Valledupar.
No. 7100544	244 horas – desde 8 de octubre al 13 de dic. de 2002	Dictar bloque modular de cría de peces en estanque, reproducción de peces, prevención y tratamiento de enfermedades, en el Municipio de Codazzi.
No. 000559	212 horas – desde el 31 dic de 2003 a 3 abril de 2004	Dictar en el “Municipio” de Valledupar, desarrollando formación profesional en cría de peces en estanque.
	350 horas – desde 12 de abril	Dictar bloque modular de cría de peces en estanque,

No. 00071	a 26 de junio de 2004	reproducción de peces, prevención y tratamiento de enfermedades.
Sin número de 2004 - SENA	380 horas – desde 21 de julio a 23 de dic de 2004	Prestar servicio como instructor contratista del centro Agropecuario –CAISA- en el área de criador de peces en estanque, desarrollando los siguientes módulos: fundamentación, planificación, diseño y construcción de estanque, mantenimiento, calidad de agua en Piscicultura, siembra de especies Piscícola, nutrición y alimentación, reproducción, prevención y tratamiento de enfermedades, sistema de cultivo de peces.
No. 00067 de 2004	360 horas – desde 27 dic. de 2004 a 31 marzo de 2005	Prestar servicio como instructor del Centro Agropecuario –CAISA-, desarrollando acciones de formación en el curso de criador de peces en estanques.
Sin número 2005 SENA	240 horas – desde 23 de sept. a 30 de noviembre de 2005	Prestar servicio como instructor del Centro Agropecuario –CAISA-, en el área de cría de peces en estanques..
Contrato sin número de abril de 1989	10 meses –desde 17 de abril de 1989	Apoyar y desarrollar acciones relacionadas con los proyectos y programas del plan de Erradicación de la pobreza absoluta y para la generación de empleo y el plan Nacional de Rehabilitación.
	620 horas – desde 16 de junio a 28 de nov de 2003	Impartir formación en las características de las explotaciones en estanque, mantenimiento y adecuación de estanques, siembra de especies

<p>No. 2031510 convenio No. 199035 2003- SENA</p>		<p>Piscícolas, calidad de agua, reproducción nutrición y alimentación de peces, prevención y tratamiento de enfermedades, sistema de cultivo, cosecha y conservación, correspondiente al Programa de Piscicultura del Corregimiento de la Meza en el Municipio de Valledupar.</p>
<p>No. 012 de 19 de febrero de 2007</p>	<p>3 meses y 15 días – desde “la aprobación de la póliza” fl. 30</p>	<p>Prestar servicio como instructor contratista en – Programa Piscicultura, para ejecutar formación profesional en la especialidad pecuaria y otras áreas del sector, en el Municipio de Valledupar.</p>
<p>No. 174 de 27 de junio de 2007</p>	<p>330 horas – 4 meses - desde “la aprobación de la póliza” fl.32</p>	<p>Formación profesional en el curso de cría de peces en estanque en el municipio de Paso, dentro del programa de “Jóvenes Rurales”.</p>
<p>No. 109 de 9 de abril de 2008</p>	<p>330 horas – 4 meses - desde “la aprobación de la póliza” fl.36</p>	<p>Formación profesional, dentro del programa de “Jóvenes Rurales”, con el Centro Biotecnológico del Caribe del SENA, Regional Cesar.</p>
<p>No. 292 de 28 de agosto de 2008</p>	<p>330 horas – 4 meses - desde “la aprobación de la póliza”.fl. 40</p>	<p>Formación profesional, dentro del programa de “Jóvenes Rurales”, con el Centro Biotecnológico del Caribe del SENA, Regional Cesar.</p>
<p>No. 148 de 26 de mayo de 2009</p>	<p>702 horas – desde “19 días a partir de la aprobación de la póliza”</p>	<p>Prestar servicios profesionales para desarrollar el componente técnico y empresarial para el “montaje” de 3 unidades productivas, en el área de “Proyecto de producción Pecuaria” en el marco del Programa “Jóvenes Rurales”, en el Paso, Astrea y Chimichagua, en el Departamento del Cesar.</p>

De las Órdenes de Servicio transcritas, se observa que siempre existió un objeto común, “prestar el servicio como instructor contratista en el programa de Piscicultura”, además que el señor Batista Andrade, prestó sus servicios en diferentes Municipios, y que el lapso entre una y otra, es un periodo muy corto, lo que presume una “continua” necesidad del servicio, toda vez, que aunque se presentaron algunas interrupciones, éstas fueron de periodos muy cortos, por lo que se presume que se trata de las vacaciones.

En este orden de ideas, no puede desconocer la Sala, la forma irregular como ha procedido la Entidad demandada, utilizando Contratos de Prestación de Servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes.

En conclusión, en el sub-lite quedó desvirtuada la vinculación como contratista para dar lugar a una de carácter laboral, que si bien no puede tener la misma connotación del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, no es menos cierto que este tipo de personas laboran en forma similar al empleado público con funciones administrativas.

La condena en el contrato Realidad.

La tesis que seguía esta Corporación al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limitaba a condenar al pago de las prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios. Dicho argumento es justificado, en que como quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público, carece del derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones, tal como se desprende de la siguiente providencia:

**“La condena al pago de prestaciones sociales en favor de la parte actora, en igualdad de condiciones a un educador oficial.**

**En la sentencia de nov. 30/00 se expresó que no es de recibo porque, como ya se dijo, el régimen prestacional tiene unos destinatarios que son los empleados públicos y trabajadores oficiales, calidad que en verdad la Parte demandante no tenía en el lapso discutido.**

**Agregó, que no obstante, en aras de preservar la equidad hasta donde es posible, la Jurisdicción ha accedido a reconocer a título de INDEMNIZACION, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los docentes oficiales (de la respectiva Entidad Contratante), tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios, como base para la liquidación de la indemnización, tal como se expresó claramente en la Sentencia de marzo 18/98 del Exp. No. 11722 – 1198/98, de la Sección 2ª de esta Corporación, con ponencia del Dr. Flavio Rodríguez.**

**Y para tal efecto, se deben determinar inicialmente cuáles son esas prestaciones ordinarias a que tienen derecho los educadores oficiales (v.gr. prima de navidad, cesantía, etc.) y la forma de su liquidación (v.gr. número de días y valores, etc.), para después calcular, teniendo en cuenta esos parámetros y el valor de esas prestaciones que no pudieron devengar, conforme a los honorarios pactados.**

**(Negrilla del Texto)**

No existe discusión en cuanto a que para ostentar la calidad de empleado público es necesario

cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Adicionalmente se deben cumplir los presupuestos de ley: Nombramiento y Posesión.

El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho ordenando el reintegro y el pago de los emolumentos dejados de percibir, dada su inexistencia en la Planta de Personal imposibilitando retrotraer las cosas a su estado anterior, pero sí, el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

El artículo 53 de la Constitución Política que establece la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, que no puede ser escindido, sino concordado con la “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”, por lo que una vez declarada la situación irregular del contrato de prestación de servicios, la lógica jurídica y la interpretación gramatical de la norma superior no debe ser otra que reconocer las garantías establecidas en las normas jurídicas

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda de ordenar la indemnización reparatoria con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos es la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia.

La Seguridad Social.

Régimen Pensional y Sistema Integral de Salud

Esta Sección con el cambio Jurisprudencia

prohíja la aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, respecto de una reparación integral de los daños causados por la Administración al momento de celebrar el contrato realidad, indicando que es apenas lógico que la condena ordene producir plenos efectos, ello es, que el tiempo laborado sea útil para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.

**Asimismo, debe tenerse en cuenta el Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993, aplicable al sub-lite, el cual garantiza el cubrimiento de las contingencias, tales como Pensión y Salud; por su parte, el Decreto 1295 de 1994, dispuso la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Riesgos Profesionales y la Ley 21 de 1982 previó la afiliación a las Cajas de Compensación Familiar y el pago del subsidio familiar.**

Las prestaciones sociales han sido clasificadas, en general, dependiendo a cargo de quien está la obligación de efectuar el aporte, así, unas son a cargo del empleador (vr.gr. prestaciones comunes u ordinarias como primas, cesantías, riesgos profesionales, caja de compensación etc.) y otras compartidas con el trabajador (vr.gr. pensión y salud). Las vacaciones en cambio, no tienen la connotación de prestación salarial porque son un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios.

En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador, sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral, así por ejemplo, en materia pensional durante la ejecución de los Contratos de Prestación de Servicios del señor Batista Andrade, se destinaba el equivalente al 10% de la tasa de cotización, monto cubierto por el empleador con un 75% y el trabajador con un 25% (artículo 20 de Ley 100 de 1993 sin sus modificaciones posteriores), y en materia de salud la base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es la misma contemplada en el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (parágrafo primero art. 204).

**Por tanto, la reparación del daño en el sub-lite no podrá ser la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la Entidad demandada no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones o Empresa Prestadora de Salud, debiéndose pagar al señor Batista Andrade quien finalmente tenía la obligación de efectuar los aportes como contratista o trabajador independiente (Artículos 15 y 157 de la Ley 100 de 1993).**

Sobre el tema pensional, la Sección Segunda de esta Corporación, ya había reconocido tal prestación ordenando computar el tiempo laborado para efectos pensionales, explicando que una vez demostrada la relación laboral, el verdadero principio de la realidad sobre las formalidades permite el otorgamiento de los derechos implícitos, con el siguiente tenor literal:

“Así las cosas, el Estado infractor no puede entonces beneficiarse de su conducta irregular y pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esa manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de la realidad sobre la formalidad lo que impone es que se le reconozca con certeza y efectivamente todo derecho que deviene del despliegue de su actividad laboral. (...)

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

De las Cajas de Compensación

La Ley 21 de 1982 estableció la regulación de las Cajas de Compensación Familiar para cumplir las funciones propias de la seguridad social, hallándose sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la Ley; así como el subsidio familiar como aquella prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, para aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

De conformidad con esta normativa el señor Batista Andrade no disfrutó, mientras duró su

relación contractual desnaturalizada, de los beneficios que otorgan las Cajas de Compensación como son, percibir el subsidio familiar y acceder a los centros de recreación, educación y cultura, entre otros, presentándose la imposibilidad de percibirlos por el transcurso del tiempo, por lo que los dineros que la Administración debió sufragar a ese ente deben ser pagados, a título de indemnización por tratarse de una carga prestacional del empleador y por existir la imposibilidad de ordenar su disfrute en especie, se ordenará su reconocimiento.

En cuanto al subsidio familiar, la parte demandante no demostró estar dentro de los presupuestos para ser beneficiario de la prestación debiéndose negar tal reconocimiento.

#### De la Prescripción

La prescripción se encuentra regulada en el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público. El artículo 102, prescribe:

“PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, **contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.**

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

Esta Sala en anteriores oportunidades, ha declarado la prescripción trienal de los derechos que surgen del contrato realidad, aceptando que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la Entidad demandada. Sin embargo, mediante Sentencia de 19 de febrero de 2009, expediente 3074-200, la Sala Plena de la Sección Segunda replanteó este criterio por las razones que a continuación se explican:

“De conformidad con algunos estatutos que han regido esta materia, los derechos prescriben al cabo de determinado tiempo o plazo contado a partir de la fecha en que ellos se hacen exigibles, decisión que se adopta con base en el estatuto que consagra dicho fenómeno. (Vr. Gr. Dto. 3135/68 art. 41)

En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria. (...)

Por lo tanto, entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacia el futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae al reconocimiento de una situación anterior no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia, tesis que la Sala en esta oportunidad acoge en su integridad.”

En consecuencia la Sala sintetiza lo expuesto, acogiendo los planteamientos del A quo en el sentido de que el acervo probatorio evidenció que en el sub-lite se configuró un Contrato Realidad, es decir, que a pesar de la vinculación contractual las actividades desarrolladas por el señor Adalberto Batista Andrade, fueron bajo continuada subordinación, prestando personalmente el servicio y recibiendo a cambio una remuneración, por lo que la decisión deberá confirmarse.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la Sentencia de 24 de enero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por Enith del Carmen Ospina Campo contra el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 30 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.728 - 15 de abril de 2024)



MINTIC