



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Villavicencio, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

SALA PLENA DE DECISIÓN - SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ

RADICACIÓN:	50 001 33 33 005 2016 00264 01
1° INSTANCIA:	JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO
M. CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	SANDRA MARINA PATIÑO SANABRIA
DEMANDADO:	SENA

Revisado el proceso de la referencia, encuentra la sala plena de decisión ordinaria que no ha ocurrido causal de nulidad procesal, razón por la cual procede a decidir el RECURSO DE APELACIÓN, formulado por la entidad demandada¹, contra la sentencia del 14 de enero de 2019², proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas.

A N T E C E D E N T E S

1. SÍNTESIS DE LA DEMANDA³:

Ante esta jurisdicción, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, consagrado en el artículo 138 del CPACA, concurrió la señora SANDRA MARINA PATIÑO SANABRIA, por intermedio de apoderado judicial, contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, Regional Meta, en adelante "SENA", para obtener la nulidad del siguiente acto administrativo:

- **Oficio No. 2-2016-001311 del 05 de mayo de 2016**, suscrito por el Director del SENA REGIONAL META.

Formuló además otras pretensiones de naturaleza declarativa, a saber: (i) declarar que la demandante prestó de manera subordinada sus servicios personales en favor del SENA REGIONAL META, desde el 7 de mayo de 2007 hasta el 12 de noviembre de 2013. De manera subsidiaria a esta, en lo relativo a los extremos laborales, solicitó declarar la existencia de la relación a tono con los extremos que se prueben en el expediente o la ocurrencia de múltiples y sucesivas relaciones laborales; (ii) declarar la equivalencia fáctica entre las funciones de los funcionarios de planta -INSTRUCTORES-

¹ Folio 380-385; cuaderno 2 de primera instancia. Páginas 161-166 (02).

² Folios 352 a 361; cuaderno 2 de primera instancia. Páginas 115 -134 (02).

³ Folios 2-30; cuaderno 1 de primera instancia. Páginas 5-33 Archivo 01. SharePoint.

y las que debió desarrollar y ejecutar la demandante a favor del SENA REGIONAL META; (iii) Declarar a título de restablecimiento la sanción moratoria por no pago oportuno de las cesantías e intereses y demás prestaciones, desde la fecha en que se declare el contrato realidad hasta la fecha en que se efectúe el pago correspondiente.

Como pretensiones condenatorias deprecó las siguientes:

"(...) **CONDENATORIAS:**

1.- Condenar al SENA REGIONAL META a reconocer y pagar a título de restablecimiento, la totalidad de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir por los periodos probados y laborados por la demandante SANDRA MARINA PATIÑO SANABRIA.

1.1. SUBSIDIARIA: Condenar al SENA REGIONAL META a reconocer y pagar a título de restablecimiento la diferencia o mayor valor entre lo que recibió por todo concepto el empleado público -INSTRUCTOR- [sic] derivado de su relación legal y reglamentaria con la entidad demandada y lo que recibió la demandante durante todo el tiempo de servicio, teniendo en cuenta la pretensión 2.1. Subsidiaria⁴ de manera indexada.

2.- La suma o sumas que por el concepto anterior resulten a favor de la señora SANDRA MARINA PATIÑO SANABRIA, se deberán ajustar de conformidad con lo establecido en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011. (...)”⁵

En razón a lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que la entidad demandada reconociera y pagara a la actora como indemnización valores por los siguientes conceptos: (i) salarios causados desde la fecha de despido, hasta la de presentación de la demanda, más los que se causen hasta la fecha en que se produzca el reintegro al cargo; (ii) diferencia salarial entre lo recibido mensualmente por un instructor de planta y lo que se le canceló a la convocante en el periodo transcurrido desde el 17 de mayo de 2007 hasta el 12 de noviembre de 2013; (iii) auxilio de cesantía; (iv) intereses a las cesantías; (v) prima de servicios; (vi) vacaciones; (vii) prima de navidad; (viii) prima de vacaciones; (ix) salud, pensión, y ARP por el mismo periodo atrás referenciado; y (x) dineros retenidos por concepto de retención en la fuente y demás descuentos realizados en cada pago mensual.

Además, pidió: que las sumas anteriores fueran indexadas desde cuando se ordene su cancelación, hasta cuando esto ocurra en su totalidad; el reconocimiento y pago a la actora de cualquier otro beneficio que resultare en su favor y que le sea cancelado a los instructores de planta (carrera) del SENA REGIONAL META que no se hubieren incluido en la demanda; y que se condene en costas y agencias en derecho a la parte actora, en los términos consagrados en el artículo 188 del CPACA.

El sustento fáctico lo narra la actora informando que se vinculó al SENA REGIONAL META, a través de órdenes de prestación de servicios, desde el 17 de mayo de 2007, cuyo objeto correspondía a desempeñar funciones como instructora (docente) en las diferentes modalidades -marroquinería y calzado- de carreras técnicas que dicta el SENA.

⁴ Cabe aclarar que en la demanda no se planteó excepción 2.1

⁵ Folio 6; cuaderno 1 de primera instancia. Página 9 (01).

La demandante recibió como remuneración la suma pactada, conforme a los contratos de prestación de servicios suscritos, en total once (11) contratos desde el 17 de mayo de 2007 al 12 de noviembre de 2013, los cuales individualizó.

Agregó que el lugar de cumplimiento de las funciones fue el Centro de Industria y Servicios del Meta-Sena y en los municipios de su jurisdicción, debiendo entregar en las fechas que indicara la entidad demandada, los reportes estadísticos y registros inherentes al proceso de formación estipulados por el SENA, de acuerdo con los horarios de formación del referido centro.

Manifestó que cumplía diferentes horarios de las programaciones académicas (técnicas) organizadas y coordinadas por el SENA REGIONAL META; impartía instrucción a grupos de entre veinticinco (25) a treinta (30) alumnos, bajo órdenes directas de los supervisores y coordinadores, junto con otros empleados de planta, en idéntica situación de subordinación y dependencia, jornada laboral y funciones; debía rendir informes periódicos mensuales sobre sus actividades académicas a sus superiores, jefes inmediatos y supervisores; presentaba informes académicos sobre sus actividades, llevaba planillas de control y asistencia de los alumnos; cumplía distintos horarios entre las 6:00 am y las 18:00 pm, durante los días de la semana, sábados, de acuerdo a la programación del SENA REGIONAL META; tenía una jornada laboral de entre seis (6) y ocho (8) horas diarias, cuarenta (40) horas semanales y ochenta (80) horas mensuales, aproximadamente.

Expuso que el SENA REGIONAL META, en forma unilateral, decidió no renovarle su contrato de trabajo, estando vinculada a la entidad hasta el 12 de noviembre de 2013. Insistió en que las labores desarrolladas eran idénticas a las que despliegan los instructores de planta (carrera) del SENA REGIONAL META. Señaló que durante todo el tiempo que duró la relación de servicio, cumplió un horario que se le asignaba por la entidad, entre ellos de tipo nocturno, sin que se le hubieren cancelado los recargos por ello. Además, los instructores de planta del SENA devengaban un salario superior con todas las prestaciones y beneficios como empleados públicos. Agregó que el Gobierno Nacional, mediante Decreto No. 1011 de 2013, fijó las escalas de asignación básica de los empleados del SENA.

Adicionó que nunca tuvo autonomía, pues siempre estuvo sometida a las órdenes de su jefe inmediato en las mismas condiciones que los instructores de planta del SENA REGIONAL META.

Manifestó que debía cancelar aportes a pensiones, EPS y ARP. Tampoco se le consignó por concepto de intereses de la cesantía, auxilio de cesantías, primas de servicios, primas de navidad, de vacaciones y de servicios, diferencia salarial y primas convencionales y demás prestaciones que se le cancelaban a los empleados públicos.

Explicó que, mediante oficio radicado en la entidad el 22 de abril de 2016, pidió el reconocimiento del vínculo laboral y el pago de las prestaciones sociales aquí solicitadas. No obstante, mediante oficio 2-2016-001311 del 05 de mayo de 2016, la entidad demandada dio respuesta negativa a lo anterior.

En el acápite de fundamentos y razones de derecho, acudió a las siguientes disposiciones normativas:

- Artículos 1, 2, 3, 6, 13, 25, 53, 122, 123 y 125 de la Constitución Política de 1991.
- Ley 1437 de 2011.
- Numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.
- Decreto 3135 de 1968
- Decreto 1848 de 1969
- Decreto 1042 de 1978

Además, invocó el precedente constitucional sobre el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades de la Corte Constitucional y unos pronunciamientos del Consejo de Estado.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- REGIONAL META presentó contestación a la demanda⁶, oponiéndose a las pretensiones de la misma. Ello en razón a que lo que siempre existió fue una relación de prestación de servicios profesionales, amparada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. De ahí la inviabilidad de que el SENA reconociera prestaciones sociales ordinarias o comunes, por lo que el oficio en que la entidad respondió el requerimiento de la actora estaba revestido de legalidad.

Formuló como excepciones previas las de inexistencia de la obligación y del demandado SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA – Regional META. Lo anterior, debido a que la vinculación de las partes fue a través de contratos de prestación de servicios y no de trabajo. De manera que no existía causa jurídica para la reclamación realizada. Además, que no se había hecho referencia y mucho menos aportado medio de prueba que acreditara que la actora se encontraba inscrita en el escalafón docente, de donde se pudiera inferir que las labores desarrolladas por ella eran las mismas que las de los docentes de planta, como para pretender que se asimile al mismo régimen prestacional de éstos. Además, no podía reconocerse la calidad de empleado público.

⁶ Folios 265 a 286; cuaderno 2 de primera instancia. Páginas 16-37 (02)

Adujo que no podía ordenarse el reconocimiento de las diferencias salariales entre lo que se canceló a la demandante en virtud de los contratos y el salario devengado por los servidores públicos docentes departamentales y nacionales, porque las asignaciones salariales en el caso de estos últimos dependen de las condiciones particulares demostradas por cada uno de ellos.

Formuló como excepciones perentorias las de: (i) prescripción extintiva de los derechos laborales y (ii) buena fe.

Agregó que la vinculación desarrollada con la demandante a través de órdenes de trabajo y contratos de prestación de servicios fue por el tiempo estrictamente necesario, así como que no se configuraba, ni demostraba, para el caso la existencia de los elementos de una relación laboral, de la que se pudieran reconocer las prestaciones alegadas, a saber: actividad personal; subordinación, sobre este punto explicó que por cumplir horarios y ciertas actividades orientadas por la entidad, no podía asegurarse automáticamente que se configurara este elemento, puesto que en el marco de un contrato estatal es imperativa la coordinación de actividades por las partes contractuales; y salario que es diferente al concepto de honorarios.

Sumó que la actora no se desempeñó en igualdad de condiciones a un empleado público, ni tampoco ostentó el carácter de trabajador oficial y bien podía ser contratada por prestación de servicios ante la ausencia de personal de planta o la insuficiencia del personal existente. Además que, el hecho de que en la ejecución de los contratos de prestación de servicios se den circunstancias parecidas a las que existen respecto de los empleados públicos, no puede llevar a la conclusión de que se encubre una relación laboral administrativa.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

En sentencia del 14 de enero de 2019⁷, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio dispuso:

- (i) Declarar la nulidad del oficio No. 2-2016-001311 del 05 de mayo de 2016;
- (ii) Declarar la existencia del vínculo laboral entre la señora SANDRA MARINA PATIÑO SANABRIA y el SENA, con solución de continuidad en los periodos comprendidos: entre el 17 de mayo al 15 de diciembre de 2007; el 05 de septiembre y el 15 de septiembre del 2007; entre el 13 de marzo y el 30 de junio de 2008; el 22 de septiembre al 30 de diciembre de 2008; el 06 de febrero al 24 de diciembre de 2009; el 1 de febrero al 13 de diciembre de 2010; el 22 de marzo al 30 de junio de 2011; el 22 de agosto al 15 de

⁷ Folios 352 a 361; cuaderno 2 de primera instancia. Páginas 115 -134 (02).

- diciembre de 2011; el 22 de febrero al 04 de julio del 2012; el 17 de julio al 15 de diciembre de 2012; y el 01 de febrero al 12 de noviembre de 2013.
- (iii) Declarar la prescripción de las prestaciones sociales y laborales generadas en los siguientes periodos: entre el 05 de septiembre y el 15 de septiembre de 2007; entre el 13 de marzo al 30 de junio de 2008; entre el 22 de septiembre al 30 de diciembre de 2008; entre el 06 de febrero al 24 de diciembre de 2009; entre el 01 de febrero al 13 de diciembre de 2010; entre el 22 de marzo al 30 de junio de 2011; entre el 22 de agosto al 15 de diciembre de 2011; entre el 22 de febrero al 04 de julio de 2012; entre el 17 de julio al 15 de diciembre de 2012, a excepción de los aportes a pensión.
- (iv) A título de indemnización de perjuicios, condenó al SENA al reconocimiento y pago a favor de la señora SANDRA MARINA PATIÑO SANABRIA de las acreencias laborales y/o prestaciones sociales, teniendo en cuenta para ello el valor devengado por un empleado público en similar cargo al desempeñado por la actora, que serviría de base para la liquidación de la indemnización equivalente a los salarios y las prestaciones sociales generados durante el periodo comprendido entre el 01 de febrero al 13 de noviembre de 2013.
- (v) CONDENAR al SENA al reconocimiento y pago a favor de la señora SANDRA MARINA PATIÑO SANABRIA, el valor en el porcentaje que por ley ha debido cancelar como empleador por aportes a salud y riesgos profesionales del Sistema General de Seguridad Social, teniendo en cuenta para ello el valor devengado por un empleado público en similar cargo al desempeñado por la actora, que serviría de base para la liquidación de la indemnización equivalente a los salarios y las prestaciones sociales generados durante el 01 de febrero al 13 de noviembre de 2013.
- (vi) CONDENAR a título de restablecimiento del derecho al SENA al reconocimiento y pago a favor de la señora SANDRA MARINA PATIÑO SANABRIA, el valor en el porcentaje que por ley debió cancelar como empleador por aportes a pensión al Sistema General de Seguridad Social, tomando como base el valor devengado por un empleado público en similar cargo al desempeñado por la actora, al servicio de la entidad demandada, correspondiente a los periodos señalados en el ordinal (ii), en los que se demostró la relación laboral, pero existió la declaratoria de prescripción excepto respecto de estos aportes.
- (vii) Dispuso el ajuste del valor que resultara adeudado a través de la fórmula correspondiente.
- (viii) Negó las demás pretensiones de la demanda.
- (ix) Dispuso que se diera cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del CPACA.
- (x) Se abstuvo de condenar en costas y señaló otras determinaciones, una vez la providencia se encontrara ejecutoriada.

El problema jurídico de la controversia fue fijado en el sentido de determinar si, pese a la formalidad bajo la cual se desarrolló la relación jurídica entre la demandante y

el SENA-REGIONAL META, en realidad existió un verdadero vínculo laboral que le otorgó a aquella, a título de indemnización, el reconocimiento y pago de derechos de naturaleza laboral por el tiempo en que estuvo vinculada mediante órdenes de prestación de servicios, así como el pago de indemnizaciones de carácter laboral, la condena en costas y agencias en derecho.

Para efectos de dar solución a lo anterior, se refirió al principio de la primacía de la realidad en la configuración del contrato realidad; los elementos de la relación de trabajo; y el contrato de prestación de servicios celebrado con el Estado y la relación laboral de derecho público.

De cara al análisis del caso concreto, encontró que la actividad personal del trabajador se extraía de la obligación contractual que en ese sentido efectivamente se ejecutó mediante la celebración de distintos contratos de prestación de servicios como instructor de formación profesional, de donde extrajo que la demandante prestó sus servicios personales de forma discontinua a través de once (11) contratos de prestación de servicios, durante el periodo comprendido entre el 17 de mayo de 2007 y el 12 de noviembre de 2013, sin que pudiera delegar en otra persona el cumplimiento de sus funciones.

Por otro lado, señaló que como contraprestación a los servicios como instructor de formación profesional, se recibió una determinada suma de dinero.

Por último, sobre el elemento de la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, se refirió a la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios. Además, encontró que de los testimonios practicados se podía determinar que, durante el término de ejecución de los contratos de prestación de servicios, la demandante cumplió los horarios de trabajo impartidos por la entidad, sin poder disponer con autonomía de su horario.

Además, expuso que la demandante desempeñó su función de acuerdo a las políticas institucionales, requiriéndosele adelantar actividades extracurriculares; daba parte de su trabajo a los supervisores, teniendo en cuenta que se constan distintos requerimientos del señor FEDERICO ACOSTA CALDERON, como coordinador del área. De ahí que, el tratamiento dado a la actora no fue el propio de un contratista, desvirtuándose el elemento de coordinación para el desarrollo del objeto contractual y demostrándose la dependencia y subordinación que caracterizó la relación con la entidad. Asimismo, indicó que se encontraba desvirtuada la temporalidad propia de los contratos de prestación de servicios.

Concluyó entonces que la entidad demandada había utilizado la figura contractual para encubrir una verdadera relación laboral. Por lo anterior, declaró probada la existencia de la misma, desde el 17 de mayo de 2007 hasta el 12 de noviembre de 2013,

y ordenó cancelar a la demandante los aportes a la seguridad social en pensiones y las prestaciones sociales ordinarias que perciben los instructores de planta del SENA y que se encuentran a cargo del empleador -asignación mensual, subsidio de alimentación, bonificación por servicios prestados, prima quincenal, prima semestral, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación especial de recreación-, de conformidad con lo indicado por la entidad demandada, salvo que se encuentren prescritas.

Así pues, expuso que declararía la nulidad del acto acusado y la existencia del vínculo laboral con solución de continuidad dentro de los periodos ya señalados. Por lo cual condenaría al SENA a reconocer y pagar, a título de indemnización, los derechos prestacionales adeudados, teniendo en cuenta el valor pactado en los contratos de prestación de servicio que servirían de base para la liquidación de la indemnización equivalente a los salarios y las demás prestaciones sociales que hubiera devengado como docente instructor de planta, sin perjuicio de la prescripción.

Sin embargo, luego aclaró que existían dos (2) criterios sobre el salario base para la liquidación de la condena, uno de acuerdo a los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicio, en razón a que el cargo desempeñado no existía en la planta; otro sobre el salario devengado por un empleado de planta cuando el mismo existe en la planta de empleo y el contratista desempeñó las mismas funciones que un empleado dependiente o cuando los honorarios pactados son inferiores a los devengados por un empleado de planta. Por ello, el despacho concluyó liquidar el valor de la condena teniendo en cuenta la escala de asignación de empleados del SENA, Decreto 1011 de 2013, aportada por la demandante.

Señaló que frente al pago de prestaciones sociales que a título de indemnización debía ordenarse, acogía la tesis expuesta por el Consejo de Estado en sentencia del 19 de febrero de 2009 (Exp. 3074-05).

Indicó la fórmula de actualización de la condena impuesta. Para después denegar la solicitud de reembolso de lo cancelado por retención en la fuente, puesto que dichos dineros no ingresaron al patrimonio de la entidad demandada, y la reclamación de los mismos no era procedente en sede de lo Contencioso Administrativo. Idéntica suerte corrió la solicitud de indemnización contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dejando de reconocerse, ya que es a partir de la sentencia que se generan los derechos prestacionales en favor del demandante. Por ello, no resultaba procedente el pago de dicha sanción por incumplimiento. Por último, descartó los perjuicios morales, pues no fueron acreditados.

Por último, sobre la prescripción, resaltó las precisiones expuestas por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016 y sobre solución de continuidad. Luego de lo cual hizo alusión a los periodos laborados, para concluir que

era procedente declarar la prescripción de las prestaciones sociales y laborales generadas en los periodos entre mayo de 2007 y diciembre de 2012, sin perjuicio de la imprescriptibilidad de los derechos pensionales. Por el contrario, frente al periodo contractual del 01 de febrero de 2013 al 12 de noviembre de 2013, teniendo en cuenta que se contaba con tres (3) años para adelantar la reclamación administrativa, la cual fue radicada el 22 de abril de 2016, es decir, dentro del periodo para ejercer la acción respectiva, encontró que el fenómeno de la prescripción no se consolidó en lo correspondiente al pago de los emolumentos laborales, sociales y de seguridad social, haciendo las precisiones pertinentes sobre la prescripción relacionada con aportes a seguridad social en materia pensional de acuerdo a la sentencia de unificación mencionada. Por lo que, arguyó que se ordenaría el pago de los porcentajes de cotización correspondientes a pensión por la cuota parte que la entidad demandada no había trasladado al respectivo fondo de pensiones.

4. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada⁸, inconforme con la decisión en comento, presentó recurso de apelación bajo las siguientes consideraciones:

Señaló que existían pruebas y argumentos jurídicos que, de haber sido valorados en su adecuada dimensión y conjunto, conllevaban a que la decisión tomada hubiese sido distinta.

Añadió que obró inadecuadamente el *a quo* en ordenar en los numerales quinto y sexto del fallo, el pago de los aportes a salud, riesgos profesionales y pensión, en tanto la parte actora, como contratista, canceló dichos aportes al Sistema de Seguridad Social Integral (salud, riesgos y pensiones), para los periodos allí indicados, conforme era su obligación contractual. De ahí que, de mantenerse tal determinación se estaría cancelando dos (2) veces el pago a dicho sistema por el mismo periodo. Asimismo, sería innecesario hacer los pagos a salud y riesgos, ya que la demandante no podría entrar a disfrutar de ellos, ni dichas entidades (EPS y ARL) brindar atenciones asistenciales y/o económicas, para dichas épocas, lo que constituía un detrimento patrimonial para el Estado, representado hoy en el SENA.

Agregó que el *a quo* no podría ordenar la devolución de tales aportes, cuando esto no fue pedido por la parte actora, lo que constituiría un fallo *extra petita*, que está prohibido al juez administrativo entrar a reconocer.

Adujo que, contrario a lo indicado por el *a quo*, entre las partes no se configuraron todos los elementos constitutivos de un contrato laboral, puesto que el acervo probatorio no evidenciaba la subordinación o dependencia de la señora SANDRA MARINA PATIÑO

⁸ Folio 380-385; cuaderno 2 de primera instancia. Páginas 161-166 (02).

SANABRIA, ya que no existía documento por parte del SENA del que se extrajera la imposición de órdenes de ineludible cumplimiento, ni tampoco memorandos, llamados de atención, y comunicación de horarios preestablecidos para el contratante de la orden de servicios. Por ende, no debía endilgarse la existencia de una relación laboral.

Resaltó la carga de la prueba de la parte demandante, quedando en cabeza del contratista el deber de probar los elementos esenciales y configurativos de la relación laboral cuando se exija judicialmente la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formalidades. Agregó que la coordinación de las partes no implicaba necesariamente la configuración del elemento de subordinación. Para efectos de fundamentar los anteriores argumentos, se invocaron providencias del Consejo de Estado.

Señaló que existió, en consecuencia, un contrato de prestación de servicios regulado en la Ley 80 de 1993 y los artículos 2054, 2055, 2056 y 2059 del Código Civil y demás normas concordantes.

Añadió que en la sentencia recurrida no hubo valoración integral de la prueba, puesto que no se tuvo en cuenta que la accionante sólo aportó como prueba documental, las actas de control diario de clases del año 2007 al 2009, pero no hizo lo mismo para los años posteriores -2010 al 2013-, por lo que el *a quo* debió haber negado las pretensiones de la demanda.

Adujo que otra equivocación del *a quo* fue considerar que las actividades y/u obligaciones ejecutadas por la parte actora, eran propias de un empleo público de la planta de personal del SENA, cuando no existía prueba alguna, especialmente documental, que demostrara que existe en dicha planta un cargo con funciones idénticas a las actividades ejecutadas por la accionante. Añadió que ello no se podía acreditar por parte de los testigos, cuando existía prueba solemne que así lo establecía y que no estaba aportada en el plenario. Afirmó, que una cosa eran las apreciaciones de los testigos y otra la realidad, que sólo puede reconocerse cuando la actividad probatoria así lo ha demostrado, lo que no ocurrió en el caso de marras.

En consecuencia, manifestó que el *a quo* no tenía los elementos probatorios que le hubiesen llevado con grado de certeza a declarar la existencia de la relación laboral. Situación con la cual se configura una posible vía de hecho por defecto fáctico.

Indicó que se desvirtuaron los elementos que dan lugar al contrato de trabajo, así: los horarios en que la accionante ejercía las obligaciones adquiridas fueron establecidos por ella, lo que hizo la entidad fue ajustarse; el programa académico y exámenes que la accionante implementó tuvieron autonomía en su diseño y ejecución; nunca existió subordinación, en tanto los informes que presentaba se exigían para la verificación del cumplimiento del contrato de prestación de servicios, como lo requiere

la Ley 80 de 1993 y es el sustento jurídico de la relación contractual que el SENA sostuvo con aquella, lo cual fue prolíferamente demostrado en la contestación de la demanda.

Agregó que el *a quo* no tuvo en cuenta la calidad de la persona y del servicio contratado, ni su independencia y autonomía en la planificación del programa que aplicaba, y en los horarios que ajustaba a sus necesidades profesionales. Señaló que cada una de las programaciones obedecía al cumplimiento de las obligaciones contractuales previamente establecidas. Además, que no existía elemento probatorio del que se pudiera inferir que la accionante se sujetaba a órdenes directas y permanentes o a horarios establecidos por la entidad.

Manifestó que lo anterior no podía ser óbice para que las partes concertaran posibles o eventuales cambios, que ocurrieron con la aprobación y adecuación previa de la demandante. Añadió que, conforme a la Ley 80 de 1993, la entidad accionada tenía el deber legal de que los contratos suscritos cumplieran el objeto para el cual fueron creados, lo que por sí mismo excluía los elementos configurativos de un contrato de trabajo y, por ende, de un contrato realidad.

Insistió en la falta de elementos probatorios para llegar a la decisión tomada, manifestando que de los contratos de prestación de servicios y de las certificaciones sobre el cumplimiento con las cátedras, no se podía inferir ineludiblemente que la señora SANDRA MARINA PATIÑO SANABRIA estaba subordinada, cumplía con un horario exigido sin que mediara su voluntad, y que sus honorarios fueron salario.

Expuso que el SENA no había violado la normativa en la que la accionante fundamentó su demanda, siendo esta inepta por inexistencia de la violación del ordenamiento señalado y, que sirve de base para la solicitud de declarar la nulidad y exigir el reconocimiento de supuestos derechos que no han sido quebrantados. Así, al hacer un recorrido por las normas que la demandante pretendió utilizar como violadas, se demostró que no existía tal situación, como se plasmó en la contestación de la demanda.

Conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, agregó que el hecho de que la prestación de servicios de algunos contratistas se haga a determinadas horas no constituye subordinación, en virtud del principio de coordinación que debe existir entre parte contratante y contratista.

Con fundamento en lo anterior, solicitó que la sentencia del 14 de enero de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, fuera revocada en su totalidad, por haberse demostrado que entre las partes no existió un contrato de trabajo, sino un vínculo eminentemente administrativo (contrato estatal), suscrito y finalizado de común acuerdo, sin que entre ellos hubiere existido salvedad alguna. Por tanto, señala que deberán declararse probadas las excepciones de fondo

propuestas en la contestación y, en consecuencia, absolver al SENA de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA:

Mediante auto de 11 de abril de 2019⁹, se admitió el recurso de apelación presentado por la entidad demandada. En auto del 13 de junio del mismo año¹⁰, se prescindió de la audiencia establecida en el artículo 247 del CPACA, corriendo traslado a las partes por el término común de diez (10) días para alegar de conclusión, vencido el cual, se ordenó idéntica actuación respecto del Ministerio Público para que emitiera su concepto.

Dentro de la oportunidad otorgada, **la parte demandada**¹¹ presentó alegatos de conclusión, reiterando en esencia la posición planteada en la apelación. Añadió que el material probatorio obrante era eminentemente documental, careciendo de prueba testimonial. Insistió en que no había lugar a ordenar la devolución directa de los aportes a salud y pensión, ya que, su fin específico era el de financiar los eventuales riesgos que ampara la seguridad social que está legitimada para recibirlos, más aún, cuando el actor se beneficiará de los aportes que el mismo efectuó al momento de reclamar su derecho pensional. Agregó lo siguiente:

"(...) De no ser de resorte, el Ad Quem, deberá aclarar y/o modificar el artículo quinto de la Sentencia de 1 instancia, en el sentido de indicar si el pago de los aportes de salud y pensión, comprende todo el periodo de la prestación del servicio o sobre el cual no operó la prescripción trienal de los derechos laborales y si se comienza a contar desde la vinculación contractual o a partir del contrato N° 392 del 15 de marzo al 30 de junio de 2012 o del contrato N° 817 del 26 de julio al 15 de diciembre de 2012, debiendo hacer aclaración, si se incluye igualmente el periodo de interrupción y si el pago de salud y pensión, que debe realizar la parte demandada lo hace por la totalidad de la cotización que debía efectuar el actor o sobre la cuota que dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista. (...)"¹²

Por último, solicitó revocar la sentencia por la inexistencia del contrato laboral pretendido, la absolución de su representada y la condena en costas y perjuicios a la parte actora. Además, que en caso de que no se acceda a lo solicitado, se ajuste la sentencia impugnada conforme lo deprecado en la demanda (no fallos *extra*, *ni ultra petita*).

La **parte actora** y el **Ministerio Público** guardaron silencio en esta oportunidad.

⁹ Folio 4; cuaderno de segunda instancia. Página 6 (03).

¹⁰ Folio 6; cuaderno de segunda instancia. Página 9 (03).

¹¹ Folios 8-12; cuaderno de segunda instancia. Páginas 13-17 (03).

¹² Folio 12; cuaderno de segunda instancia. P. 17 (03).

6. OBJETO DE UNIFICACIÓN POR PARTE DE ESTE TRIBUNAL:

Mediante auto del pasado 20 de mayo¹³, la sala plena de decisión decidió avocar el conocimiento del presente asunto para proferir sentencia de unificación, de conformidad con el artículo 35 del CGP, habida cuenta que se requería establecer un precedente judicial sobre el tema de la devolución de los aportes a seguridad social pagados en su momento por el trabajador con ocasión de los contratos de prestación de servicios, en aquellos casos en que se pretende el reconocimiento de una relación laboral con el Estado, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

CONSIDERACIONES

I. Competencia:

La corporación observa que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 153 del CPACA, es competente para conocer del presente asunto. Adicionalmente, la sala plena de decisión es competente para proferir sentencia de unificación dentro del presente asunto, en atención a lo establecido en el artículo 35 del CGP, aplicable en virtud de la remisión efectuada por el artículo 306 del CPACA.

Sin embargo, se debe precisar que es dable entrar a estudiar los argumentos expuestos por la parte apelante, al tratarse de un caso de apelante único, de acuerdo con lo señalado en los artículos 320¹⁴ y 328¹⁵ de la Ley 1564 de 2012 – C.G.P.-, aplicables por remisión expresa del artículo 306¹⁶ del CPACA.

¹³ Ver documento "02AUTODECIDE.PDF", correspondiente a la actuación "AUTO DECIDE", registrada en la fecha y hora 25/05/2021 3:55:27 P. M., de la plataforma Tyba – consulta de procesos.

¹⁴ **Ley 1564 de 2012, artículo 320:** "El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71."

¹⁵ **Ley 1564 de 2012, artículo 328:** "El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia."

¹⁶ **Ley 1437 de 2011, artículo 306:** "En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo."

II. Estado del arte en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la devolución de los aportes pagados por el contratista por concepto de salud, pensión y riesgos profesionales en asuntos de contrato realidad:

Como se explicó en auto del 20 de mayo del presente, resulta necesario proferir sentencia de unificación en esta sede, con el objeto de establecer un precedente judicial sobre la devolución directa al trabajador de los aportes a salud, pensión y riesgos profesionales pagados en su momento por el trabajador (contratista) con ocasión de los contratos de prestación de servicios, en aquellos casos en que se pretende el reconocimiento de una relación laboral con el Estado, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades. Lo indicado en razón a que se advierte que en el Tribunal no se ha adoptado una postura uniforme sobre el asunto¹⁷, siendo necesario hacerlo a fin de garantizar el derecho a la igualdad de los justiciables.

Así las cosas, la sala plena advierte que este tema concreto ha sido objeto de debate en la jurisprudencia del Consejo de Estado, con posterioridad a la sentencia de unificación sobre contrato realidad, proferida el 25 de agosto de 2016¹⁸, que como se advirtió no hizo un desarrollo jurisprudencial claro, explícito y suficiente sobre el punto específico. En particular, se encuentra que la **Subsección B de la Sección Segunda** del Consejo de Estado ha sostenido dos (2) reglas jurisprudenciales distintas, así:

La primera según la cual, ante la pretensión de devolución de los dineros cancelados por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social, la misma era procedente únicamente respecto de la cuota parte legal que la parte demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud, tan solo por aquellos periodos en que no operó la prescripción trienal, ya que se trataba de un beneficio puramente económico para la parte actora.

Lo indicado, sin perjuicio de que, ante la imprescriptibilidad de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, se ordenara también que la entidad demandada -empleador- tomara el IBC pensional del demandante para los periodos en que se evidenció la existencia de la relación laboral, mes a mes, y si existía diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizara al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Correlativamente, para efectos de lo anterior, a la parte actora le correspondería acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y, en caso de que no las hubiese hecho o existiere diferencia en su contra, tendría la carga de cancelar o

¹⁷ Ver los siguientes radicados: 50001-33-33-005-2016-00405-01 (Con salvamento de voto sobre el asunto); 50 001 33 33 005 2015 00546 01 y 50 001 33 33 005 2015 00563 01.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

completar (según el caso), el porcentaje que le correspondía como trabajador, durante la ejecución de los contratos.

Obsérvese al respecto, por ejemplo, las consideraciones hechas en sentencia del 24 de agosto de 2018, proferida por la Subsección B¹⁹ (C.P: Carmelo Perdomo Cuéter):

"(...) Pese a lo expuesto, dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, tal como se explicó en la precitada sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, la entidad accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 13 de agosto de 2004 y el 30 de diciembre de 2011, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia 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 efectos 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 hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, durante la ejecución de los mencionados contratos.

En lo concerniente a la pretensión de devolución de los dineros cancelados por concepto de aportes al sistema general de seguridad social, se tiene que solo es procedente tal petición respecto de la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud, durante la ejecución del contrato de prestación de servicios 203 de 2011 (incluido su otrosí), ya que frente a los demás, como se anotó en párrafos anteriores, operó la prescripción trienal, lo cual se hace extensivo al deprecado reintegro, toda vez que, de acuerdo con la pluricitada sentencia de unificación, este es un beneficio puramente económico para la demandante.

A pesar de lo dicho, resulta oportuno declarar en este fallo que el tiempo trabajado por la actora bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios durante el período comprendido entre el 13 de agosto de 2004 y el 30 de diciembre de 2011, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales. (...)" (Subrayas por la sala plena de este tribunal).

La regla en comento se acogió en las siguientes sentencias emanadas de la misma Subsección B, con ponencia del mismo consejero: 07 de septiembre de 2018²⁰, 31 de octubre de 2018²¹, y 02 de octubre de 2019²².

Asimismo, en sentencia del 30 de enero de 2020²³, con ponencia de otro consejero de la misma Subsección B (C.P. César Palomino Cortés), se observa que en

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 24 de agosto de 2018. Radicado: 85001-23-33-000-2014-00164-01(4563-15). C.P: Carmelo Perdomo Cuéter. Actor: Ismenia Solano Fuentes.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 07 de septiembre de 2018. Radicado 52001-23-33-000-2013-00225-01(1728-15). C.P: Carmelo Perdomo Cuéter. Actor: Leydy Naryivy Martínez Rosero.

²¹ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 31 de octubre de 2018. Radicado: 66001-23-33-000-2014-00176-01(2281-16). C.P: Carmelo Perdomo Cuéter. Actor: Jorge Héctor Rico Salazar.

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 02 de octubre de 2019. Radicado: 05001-23-33-000-2013-02059-01(1290-16). C.P: Carmelo Perdomo Cuéter. Actor: Nelson López Suárez.

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 30 de enero de 2020. Radicado: 50001-23-33-000-2012-00106-01(2090-14). C.P: César Palomino Cortés. Actor: Jimmy Arnulfo Ávila Barbosa.

este caso se deprecó el pago de los aportes realizados por concepto de salud, pensión y riesgos profesionales del periodo laborado. En primera instancia, se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Ahora bien, dentro de las consideraciones del Consejo de Estado se observa lo siguiente:

"(...)Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda de esta Corporación ha sostenido que es viable condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos:

"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"²⁴.

Por lo expuesto, es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la entidad tendrá que aportar la cuota parte que dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista y no por la totalidad de la cotización que debía efectuar el actor. (...)"

Así las cosas, acogió la regla jurisprudencial que se viene comentando y ordenó la devolución de los dineros que hubiere cancelado el demandante en razón a la cuota parte legal que el ente demandado no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los contratos suscritos²⁵.

No obstante, el criterio de la sala mayoritaria de la Subsección B cambió hacia una **segunda regla jurisprudencial** opuesta a la anterior, como pasa a exponerse:

Obsérvese que en sentencia de 24 de julio de 2020²⁶ con ponencia de otra consejera de la misma Subsección B (C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez), se determinó que no era acertada la orden de devolver al actor los valores que aportó al Sistema de Seguridad Social por su naturaleza parafiscal. Veamos:

²⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 27 de febrero de 2014, Rad. 1994-13, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez (E).

²⁵ *"(...) **TERCERO: ORDENAR** al Municipio de Villavicencio, como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho (i) reconocer y pagar las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral por el tiempo de servicios comprendido desde el **12 de marzo de 2009 al 15 de febrero de 2012**, cuya liquidación deberá efectuarse con el valor del salario que percibía durante ese interregno el cargo de **Profesional Universitario, Código 219, Grado 05**; (ii) tomar durante ese periodo el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante, mes a mes, y si existe diferencia 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 sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador; y (iii) devolver los dineros que haya cancelado el demandante en razón a la cuota parte legal que el ente demandado no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los contratos suscritos entre el interregno de tiempo reconocido, tal como quedó explicado en la parte motiva de la sentencia. (...)" (Subrayas fuera de texto).*

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 24 de julio de 2020. Radicado: 17001-23-33-000-2015-00864-01(1225-19). C.P: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Actor: Duver Alberto Díaz Ángel.

"(...) 41. También se modificara en cuanto no es acertada al ordenar devolver al actor los valores que aportó al sistema de seguridad social, por su naturaleza parafiscal²⁷, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia del contrato realidad²⁸, estos dineros son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito a favor del interesado, "lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer".²⁹

42. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por ley a efectuar su pago, posteriormente resulta inviable ordenarse su devolución por la totalidad de lo aportado, así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, pues, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando "un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal"³⁰.

43. Así, es necesario aclarar que lo procedente en aras de garantizar el derecho pensional, es que a título de restablecimiento del derecho la Administración determine mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el actor, la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

44. Para tales efectos, el interesado deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador. (...)" (Subrayas por la sala plena).

En esta providencia se presentó salvamento parcial de voto (Consejero Carmelo Perdomo Cuéter³¹). Posición sentada también en la aclaración de voto del mismo

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 28 de septiembre de 2016. Radicación 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

²⁸ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Radicado 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

²⁹ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Radicado 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 25 de agosto de 2016, Radicación 20130026001 (00882015), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

³¹ "(...) Al respecto, pese a que comparto la decisión de confirmar el fallo de primera instancia dictado en el asunto de la referencia, no acompaño la relacionada con la modificación a tal providencia, en lo concerniente a la no devolución del porcentaje que aportó el actor al sistema de seguridad social (pensiones, salud y riesgos profesionales) en los períodos no prescritos.

Lo anterior, por cuanto una cosa es la devolución de lo que el demandante tuvo que sufragar respecto del porcentaje que correspondía a su empleador en aquellos lapsos en los que no operó el fenómeno prescriptivo, y otra, es que las entidades completen al sistema los aportes correspondientes a pensión, tal como se dejó consignado en la sentencia de unificación CE-SUJ2 No. 5 de 2016.

*Sobre este aspecto, se destaca que cuando en la aludida providencia de unificación se afirma que «resulta oportuno precisar que **la imprescriptibilidad** de la que se ha hablado **no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista**, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional» (negrilla fuera de texto), no nos estamos refiriendo a que no se le pueda devolver al interesado el porcentaje que debió asumir su empleador, solo que al ser una pretensión de naturaleza económica o patrimonial también se somete al término prescriptivo.*

A partir de los anteriores prolegómenos, salvo parcialmente mi voto toda vez que la devolución del porcentaje de cotización al sistema integral de seguridad social hace parte del restablecimiento del derecho del demandante, sin perjuicio de que opere la prescripción; y una decisión en contrario podría constituir un enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad estatal demandada. (...)" (Negrillas en el texto).

consejero en la sentencia del 30 de octubre de 2020³². En consonancia, en sentencia de 18 de febrero de 2021³³, siendo ponente, se expuso lo siguiente:

“(...) En lo relativo a la orden de devolución al actor del porcentaje que le correspondía asumir al empleador por concepto de aportes a pensión, se destaca que, en criterio de la sala mayoritaria³⁴, esos recursos del sistema integral de seguridad social son de obligatorio pago y recaudo para fines específicos y no constituyen un crédito a favor del contratista, por lo tanto, no es dable que se le sufraguen directamente a él. En consecuencia, resulta improcedente que se disponga el reembolso por el mencionado concepto y se revocará la sentencia apelada en ese sentido. No obstante, a lo que sí hay lugar es al pago de las cotizaciones en pensiones al sistema de seguridad social por el tiempo trabajado por el accionante en virtud de los contratos de prestación de servicios (...)” (Subrayas por la sala plena).

Se observa que esta posición fue explicada con mayor detalle en la sentencia del 16 de abril de 2021³⁵, ya que en este asunto se controvertió en apelación específicamente la orden de ordenar el pago a favor de la actora de las cotizaciones que se efectuaron al fondo de pensiones en lo que le correspondía al empleador. Por su relevancia, se transcriben *in extenso* las consideraciones hechas al respecto:

*“(...) 44. De otra parte, en lo atinente a la devolución de los aportes que fueron asumidos por la demandante, es criterio de esta subsección, que esos recursos del sistema integral de seguridad social son de obligatorio pago y recaudo para fines específicos y no constituyen un crédito a favor del contratista, por lo tanto, no es dable que se le sufraguen directamente al interesado, puesto que, **en materia de los aportes en salud**, lo primero es traer a la disertación que el Preámbulo de la Ley 100 de 1993, define que el Sistema de la Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que dispone la persona y la comunidad para gozar de calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.*

45. A partir de allí, la ley desarrolló el Sistema General de Pensiones y el Sistema General de la Seguridad Social en Salud, este último está dirigido a la regulación de la sanidad general en la Nación, el cual dentro de sus características primordiales integra entre otros aspectos, la obligatoriedad de afiliación, previo pago de la cotización reglamentaria y la libertad de elección de los afiliados a la entidad promotora de salud. Así mismo, la Corte Constitucional, señalo que:

<<Los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud son rentas parafiscales porque son contribuciones que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la

³² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 30 de octubre de 2020. Radicado: 520012333000201300179 01 (4418-2014). C.P: César Palomino Cortés. Actor: Jaime Hernán Moreno Jaramillo.

³³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 18 de febrero de 2021. Radicado: 20001-23-33-000-2015-00301-01(2208-16). C.P: Carmelo Perdomo Cuéter. Actor: Tomás López Pacheco.

³⁴ Del cual en pronunciamientos anteriores se ha apartado el suscrito ponente, porque la devolución del porcentaje de cotizaciones al sistema integral de seguridad social en salud y pensiones hace parte del restablecimiento del derecho del demandante (lo que estará sujeto al fenómeno prescriptivo), y una decisión en contrario podría constituir un enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad estatal demandada. De igual manera, una cosa es que las entidades completen al sistema los aportes correspondientes a pensión (que comporta un derecho imprescriptible), como se dejó sentado en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, y otra, la devolución de lo que el accionante tuvo que sufragar respecto del porcentaje que correspondía a su empleador, que, se insiste, integra su restablecimiento del derecho.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 16 de abril de 2021. Radicado: 17001233300020140046801 (5101-2018). C.P: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Actor: Ana Milena Marín Hincapié.

población y se destinan para su beneficio, y conforme al principio de solidaridad, se establecen para aumentar la cobertura en la prestación del servicio de salud. El diseño del sistema general de seguridad social en salud define en forma específica los destinatarios, los beneficiarios y los servicios que cubre el plan obligatorio de salud, todos constitutivos de la renta parafiscal>>.

46. Así explica la Corte Constitucional frente a la protección constitucional de los recursos de la Seguridad Social y la destinación específica de los **aportes a salud y pensión**, <<que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones, con independencia de la denominación que de ellos se haga (cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, copagos, tarifas, deducibles, bonificaciones, etc.), no pueden ser utilizados para propósitos distintos a los relacionados con la seguridad social debido a su naturaleza parafiscal>>.

47. También por su naturaleza parafiscal los recursos de la Seguridad Social, solo pueden ser empleados para garantizar la prestación de los servicios de salud en los dos regímenes; subsidiario y contributivo, no siendo legal destinarlos a otros presupuestos, además por esa misma naturaleza, son ingresos no gravados fiscalmente. **Así, a la contratista no le es dable cancelar directamente los aportes que en su oportunidad efectuó, pues estos son de obligatorio pago y recaudo, al margen de que se haya prestado o no el servicio de salud, por cuanto su finalidad es la de garantizar el acceso a la sanidad para la población más vulnerable y subsidiada, atendiendo al principio de solidaridad.**

48. De lo expuesto, se establece que **el reconocimiento de aportes en seguridad social solo se hará sobre los aportes a pensión y la forma correcta de ordenarlos de acuerdo a la jurisprudencia desarrollada por esta Subsección, es que a título de restablecimiento del derecho el SENA determine mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por la actora y cotizar al respectivo fondo de pensiones donde se encuentre afiliada la demandante, la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador, en los periodos en los que se ejecutó los contratos 482 de 2003, 632 de 2003, 912 de 2003, 104 de 2004, 289 de 2004, 1037 de 2004, 168 de 2005, 22 de 2006, 29 de 2007, 178 de 2007, 34 de 2008, 30 de 2009, 37 de 2010, 03 de 2011, 261 de 2011 y 046 de 2012 .**

49. Para tales efectos, la interesada deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la obligación de cancelar o completar según el caso, el porcentaje que le corresponde. (...)."

Hasta aquí el análisis de la posición de la Subsección B de la Sección Segunda. Por otro lado, no se advierte que el mismo debate expuesto haya tenido lugar en la **Subsección A de la Sección Segunda** de la misma Corporación. Sin embargo, se encuentra que se han tomado las siguientes determinaciones como restablecimiento del derecho, algunas de ellas contradictorias en el tema de devolución de aportes en salud:

- (i) En la providencia se reitera el criterio sobre los aportes a pensión desarrollado en la sentencia de unificación y no se analiza el tema de los aportes a salud y riesgos profesionales explícitamente. No obstante, se señala en la parte considerativa que era procedente la devolución únicamente de aportes a salud por el tiempo en que no operó la prescripción trienal y en el porcentaje que debió cancelar como empleador: sentencia del 21 de junio de 2018³⁶.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 21 de junio de 2018. Radicado: 08001-23-31-000-2011-00413-01(1608-14). C.P: William Hernández Gómez. Actor: Zunilda Mercedes Domínguez de Moreno.

- (ii) Se manifestó que no era procedente la devolución al trabajador de los aportes en salud y pensión: sentencia de 27 de junio de 2018³⁷.
- (iii) Se ordena el reconocimiento al demandante de los porcentajes de cotización correspondientes al empleador en salud, así como a caja de compensación: sentencia del 26 de julio de 2018³⁸.
- (iv) No se concedió devolución, sino tan solo se ordenó el pago de las diferencias por concepto de aportes a pensión al fondo de pensión. Lo indicado sin hacer referencia específica al tema de la devolución de las prestaciones en comento: sentencia de 28 de noviembre de 2018³⁹ y sentencia del 18 de julio de 2019⁴⁰.

En esta medida, no se encuentra que se hubiera desarrollado un debate específico sobre el asunto, del que esta sala plena pudiera extraer fehacientemente una conclusión concreta o línea jurisprudencial uniforme que resultara vinculante.

En conclusión, es dable considerar que hay apenas una tendencia jurisprudencial más reciente que se concentra en reconocer las diferencias de aportes a pensión con cotización directa al sistema de pensión, siendo improcedente la devolución directa de pagos por concepto de salud, pensión y riesgos profesionales al trabajador por su naturaleza parafiscal. Esta posición es actual y en apariencia uniforme, en tanto ya ha sido reproducida por todos los miembros de la Subsección B, aun cuando existen aclaraciones de voto al respecto, y la Subsección A no ha desarrollado el tema específico, existiendo contradicciones en lo atinente a devolución de aportes en salud, pero sin explicación alguna. Además, si bien no se advierten consideraciones específicas sobre los aportes a riesgos profesionales, puede señalarse que los mismos están cobijados por los mismos criterios jurisprudenciales, habida cuenta de que corresponden a prestaciones que hacen parte del sistema integral de seguridad social.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 27 de junio de 2018. Radicado: 76001233300020130009901 (0402-2016). C.P: Gabriel Valbuena Hernández. Actor: Julián Andrés Rentería González.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 26 de julio de 2018. Radicado: 23001-23-33-000-2013-00195-01(4534-14). C.P: William Hernández Gómez. Actor: Ángel Rafael Tejada Naranjo.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 28 de noviembre de 2018. Radicado: 17001-23-33-000-2014-00282-01(2093-16). C.P: William Hernández Gómez. Actor: Diego Hernán Cortés Silva.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 18 de julio de 2019. Radicado: 81001233300020130008701 (4483-14). C.P: Rafel Francisco Suárez Vargas. Actor: Dwyver Carolina Medina Wilches.

III. Tesis que acogerá el Tribunal Administrativo del Meta de forma unificada frente al tema de la devolución de los aportes pagados por el contratista por concepto de salud, pensión y riesgos profesionales en asuntos de contrato realidad:

Para desarrollar la postura que se acogerá en esta sentencia en punto al tema central de unificación, en primera medida la sala debe recordar brevemente que existe una distinción entre la jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación a la hora de resolver un caso concreto y el precedente judicial. Mientras el primero se basa en el inciso segundo del artículo 230 de la Constitución Política⁴¹ y por ende se considera una fuente secundaria de derecho; por otro lado, la teoría del precedente se estructura sobre el alcance que se le ha dado al vocablo "ley" como fuente primaria de derecho a la que están sometidas las autoridades judiciales, pues como lo explicó la Corte Constitucional en sentencia T-830 de 2012, "*Particularmente, el concepto de "ley" ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte [Constitucional] desde un sentido amplio, es decir, **la ley** no es sólo aquella emitida por el legislador, sino **además comprende** todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad y **la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción**"* (Negrilla fuera del texto).

En ese contexto, el respeto al precedente se circunscribe a la observancia de las decisiones judiciales previas al darles el carácter de fuente de derecho vinculante, que, si bien se ha calificado como obligatorio, en realidad tal afirmación no es absoluta. Ello por cuanto una vez se identifica una decisión cuya *ratio decidendi* pueda ser proyectada a un caso posterior, si el juez, en ejercicio de su autonomía, dispone no aplicarla ha de cumplir con la carga de transparencia –identificar la decisión previa- y motivación –exponer las razones válidas por las que se aparta de la decisión-.

Esta precisión resulta indispensable hacerla, por cuanto para este tribunal, en punto al tema de la devolución al trabajador de los dineros que en su oportunidad pagó de su propio peculio al sistema de seguridad social porque la administración desnaturalizó los contratos de prestación de servicios a través de los cuales lo vinculó, el estado del arte mostrado en el acápite anterior, permite afirmar que nos encontramos frente a la jurisprudencia como criterio auxiliar y no frente a un precedente, porque como allí se concluyó, en el estado de evolución que se encuentra la jurisprudencia sobre ese tema específico apenas se vislumbra una tendencia actual, que en manera alguna puede catalogarse como consolidada, si se tiene en cuenta que no se ha proferido la

⁴¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. "**ARTICULO 230.** *Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial."

unificación jurisprudencial sobre el mismo, y tampoco hay uniformidad entre las dos subsecciones de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Así las cosas, de las tesis expuestas con antelación, la que a juicio de la sala plena de esta corporación desarrolla de mejor manera los principios que emanan del artículo 90 de la Constitución Política, es la plasmada en la primera regla de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, según la cual resulta procedente que el demandante que ha logrado demostrar que durante su vínculo a través de contratación estatal en realidad existió una relación laboral con la entidad demandada, obtenga de ésta la devolución de lo que en su momento tuvo que sufragar aquel por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social, bien sea para pensión, salud o riesgos profesionales, claro está únicamente por el monto equivalente al porcentaje que hubiese tenido que asumir la demandada en su calidad de empleador, y siempre que frente a tales sumas no haya operado la prescripción extintiva del derecho que de igual forma se aplica a las prestaciones sociales, conforme a la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016⁴².

Esto porque, si el artículo 90 de la Constitución Política consagra que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, y tales daños se definen como aquellos que el administrado no está obligado a soportar o aquellos que se producen a pesar de que *"el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación"*⁴³, no se entiende cómo si la persona vinculada irregularmente por contratos de prestación de servicios, tuvo que extraer de su patrimonio los recursos económicos necesarios para cubrir los riesgos de seguridad social, luego de haberse declarado que esa conducta de la administración es contraria al ordenamiento jurídico –lo que lleva a la nulidad del respectivo acto administrativo-, pueda concluirse que no tiene derecho a que se le reconozca el pago de esos dineros que de haberse cumplido con la vinculación laboral que procedía, la entidad empleadora debería haberlos pagado directamente a la administradora del régimen de seguridad social correspondiente.

En otras palabras, no resulta acorde con los principios de justicia material que la entidad que cometió la conducta violatoria de derechos (desnaturalizar la contratación estatal) y por ende le es imputable el daño antijurídico que causó a un particular, resulte beneficiado con la sentencia, en tanto en su momento se relevó de haber asumido el porcentaje legal que le correspondía como empleador y en su lugar tuvo que pagarlo el trabajador, pero ahora este no pueda recuperar tales dineros.

A juicio de la sala ello no significa el desconocimiento de la naturaleza parafiscal que ostentan los recursos del sistema integral de seguridad social, ni se estaría

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

⁴³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de enero de 2015. Rad. 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912). C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

disponiendo que sean utilizados para propósitos distintos a los relacionados con esa naturaleza, puesto que la orden de la sentencia no consiste en extraer del sistema esos dineros que ya ingresaron en virtud a que el demandante los pagó en su momento, sino que lo que corresponde al juez es ordenar a quien le debía pagarlos en calidad de empleador, que ahora los saque de su patrimonio para que retornen al patrimonio del demandante, y así restablecerle a este su derecho.

En este punto, debe aclararse en primer lugar que el sustento de la anterior tesis en el artículo 90 superior no puede confundirse con el desarrollo legal de los medios de control previstos en el CPACA según la fuente del daño, pues el constituyente no hizo tal distinción, y si bien se refirió a "*la acción o la omisión de las autoridades públicas*", su interpretación ha de ser amplia en el contexto constitucional. Por manera que, dentro del concepto de daño antijurídico allí utilizado no existe una restricción frente a la fuente de la cual proviene, bajo la clasificación legal de las actividades desarrolladas por la administración (actos administrativos, acciones, omisiones, hechos, operaciones administrativas, etc.).

Interpretar lo contrario, es decir, que los vocablos acción y omisión utilizados por el constituyente, hacen alusión únicamente a esas actividades bajo el significado dado en el CPACA, sería vaciar de contenido la norma constitucional frente a las demás manifestaciones de la administración, restándole el respaldo constitucional a las reclamaciones frente a otras actividades que igualmente pueden llegar a producir daños antijurídicos.

En segundo lugar, respecto al título bajo el cual se reconoce la devolución de los dineros ya referidos al afectado, también debe aclararse que para la sala mayoritaria debe ser como restablecimiento del derecho porque guarda el mismo tratamiento dado por la unificación jurisprudencial a las prestaciones por la nulidad del acto que niega la existencia de la relación laboral y el tiempo de servicios con fines pensionales –Núm. 2º de la parte resolutive de la sentencia⁴⁴–.

No obstante, dos de los magistrados⁴⁵ de esta sala consideran que como el tema unificado por este tribunal no fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado en dicha sentencia, según se explicó con suficiencia en el acápite anterior y al inicio de éste, y dado que los dineros del trabajador con los que pagó los aportes a seguridad social, durante el tiempo en que la administración se benefició de sus servicios y encubrió su calidad de empleador, corresponden a bienes que se encontraban en el patrimonio de aquel y de los cuales se desprendió como consecuencia de la actuación irregular de la entidad, nos encontramos frente a un típico perjuicio material en la modalidad de daño

⁴⁴ "2.º Unifícase la jurisprudencia en lo referente a que en las controversias relacionadas con el contrato realidad, (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden **a título de restablecimiento del derecho**, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados, por las razones indicadas en la motivación." (negrilla fuera del texto).

⁴⁵ Carlos Enrique Ardila Obando y Claudia Patricia Alonso Pérez

emergente, y por ello el título bajo el cual debería reconocerse la devolución económica a la que se ha venido haciendo referencia, sería el de reparación del daño⁴⁶, lo cual no riñe con las pretensiones correspondientes al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho porque el inciso primero del artículo 138 del CPACA así lo autoriza⁴⁷, incluso concomitante con el restablecimiento del derecho.

Adicionalmente, se trata de unos dineros con naturaleza distinta de las prestaciones, porque éstas corresponden a un derecho que no tuvo y ahora se le restablece, mientras que los recursos económicos que se ordenan devolver al demandante son los que salieron de su patrimonio, como ya se indicó, y debieron haber salido del patrimonio de la entidad, si esta hubiese actuado conforme a derecho.

Por último, cabe precisar que la postura adoptada en este acápite no está relacionada con la imprescriptibilidad de los aportes a pensión desarrollada uniformemente por el Consejo de Estado, con efecto vinculante en la unificación jurisprudencial, y cuyo pago se ordena directamente al respectivo fondo de pensiones, e incluso debe ser definido de oficio.

Así pues, debe distinguirse entre los pagos por concepto de diferencias en los aportes a pensión a título de restablecimiento del derecho, los cuales deben determinarse mes a mes al comparar los aportes realizados en su momento por el demandante y los que debieron haberse realizado según el IBC que se determine en la sentencia (honorarios o salarios de cargo similar en planta); respecto de la devolución de los dineros al trabajador en el porcentaje o cuota parte que correspondía a la entidad empleadora. Los primeros por incidir en el derecho pensional no están sujetos a prescripción y se declaran incluso de oficio; mientras que los segundos, por tratarse de un derecho patrimonial del demandante sí prescriben y requieren petición expresa en la demanda.

De acuerdo con lo dicho, la entidad condenada, con base en las cotizaciones que acredite el demandante, deberá realizar la comparación mensual entre lo aportado por este durante el tiempo que duró la relación laboral, y lo que debió aportarse según el IBC que señale la sentencia, y si hay diferencia en detrimento del derecho pensional, la entidad asumirá el porcentaje que le corresponde como empleador y el demandante cancelará o completará lo que le corresponda como trabajador. Los pagos se harán a título de cotización directamente a la respectiva administradora de pensiones. Esto conforme a las decisiones reiteradas y pacíficas del Consejo de Estado.

⁴⁶ A la que además le es aplicable el principio de reparación integral.

⁴⁷ LEY 1437/2011. **"ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.** *Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. /.../*"(Resaltado fuera del texto).

De otro lado, en relación con el punto de unificación por este Tribunal, con esa misma comparación se podrá establecer respecto de los períodos no prescritos, los porcentajes que como empleador y trabajador correspondía pagar a la demandada y al demandante, respectivamente, por concepto tanto de pensión como de salud, y la entidad pagará al demandante el valor actualizado de lo que le correspondía a aquella y que el demandante acreditó haber cancelado, descontando lo que deba cotizar la entidad, según el párrafo anterior. En cuanto a los dineros que el demandante acredite haber pagado por concepto de riesgos profesionales durante los períodos no prescritos, como se trata de una cotización que en su totalidad debe hacer el empleador⁴⁸, le será pagado por la entidad condenada, debidamente indexados.

En suma, el tratamiento es distinto frente a las cotizaciones a pensión, y de otro lado, la devolución de los dineros con los que el demandante haya pagado aportes a pensión, salud y riesgos profesionales.

Frente a las cotizaciones a pensión, al tener en cuenta la incidencia en el derecho pensional conexo con la calidad de vida del individuo, se justifica que el reconocimiento sea oficioso y su cotización directa a la entidad de Seguridad Social en Pensiones a la que se encuentre afiliado el respectivo actor, en el porcentaje que correspondiera como empleadora a la entidad demandada, y se hace luego de verificar si hay diferencias en perjuicio del derecho pensional, entre lo pagado por el trabajador durante la relación laboral y lo que debió cotizarse según el IBC (honorarios o salario, según se determine en cada caso), con base en las cotizaciones que acredite durante el trámite de liquidación de la condena el beneficiario de la misma, de acuerdo como lo ha determinado la jurisprudencia.

En otras palabras, con el IBC se establecerá cuánto debió ser el monto aportado por concepto de pensión durante todo el período de la relación laboral, y esta cifra se comparará con el valor cotizado por el demandante, si este no lo hizo o existe una diferencia en perjuicio de los aportes, la entidad deberá cotizar esa diferencia ante la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliado aquel, en el porcentaje que le correspondía como empleadora, y el actor pagará o completará lo que debía como trabajador, teniendo en cuenta obviamente si hizo algún aporte, a fin de que no pague doble vez. De no existir diferencias, porque el beneficiario de la condena demuestra que en su momento se hicieron las cotizaciones por el valor total según el aludido IBC, la

⁴⁸ **Ley 100 de 1993. "ARTÍCULO 251. PENSIONES DE INVALIDEZ INTEGRADAS.** *En el régimen de ahorro individual con solidaridad, los seguros para amparar la invalidez por riesgo común y la invalidez por accidente de trabajo o enfermedad profesional, podrán ser contratados de manera conjunta con una misma compañía de seguros, cuando los trabajadores y empleadores así lo decidan. En este evento, el amparo para el riesgo de invalidez por accidente de trabajo o enfermedad profesional, deberá ser equivalente o superior, al otorgado por el seguro de accidente de trabajo y enfermedad profesional a cargo del Instituto de Seguros Sociales o del que actualmente les aplica, en el caso de los trabajadores de la rama jurisdiccional.*

La compañía de seguros señalará el monto de la cotización para el seguro de accidentes de trabajo y enfermedad profesional a cargo del empleador, y dejará de ser obligatoria la cotización al Instituto de Seguros Sociales por dicho concepto."

Ley 1562 de 2012. "ARTÍCULO 6o. MONTO DE LAS COTIZACIONES. *El monto de las cotizaciones para el caso de los trabajadores vinculados mediante contratos de trabajo o como servidores públicos no podrá ser inferior al 0.348%, ni superior al 8.7%, del Ingreso Base de Cotización (IBC) de los trabajadores y su pago estará a cargo del respectivo empleador".*

entidad condenada no deberá realizar cotización alguna, sin embargo, su omisión se traducirá en un restablecimiento del derecho en favor del actor.

Así las cosas, frente a la devolución de los aportes en pensión, salud y riesgos profesionales, solo se ordenará por los períodos no prescritos. En salud, lo que demuestre haber cotizado el trabajador y que correspondía a la entidad condenada en su calidad de empleadora durante la relación laboral; en pensión, de forma similar, pero del total que debía pagar como empleadora, pagará lo que falte en cotización a la administradora y el saldo pagado por el demandante se lo devolverá debidamente actualizado; y en riesgos profesionales, la totalidad de lo que cotizó el demandante.

A modo de ejemplos de algunas de las hipótesis que se presentarían el concepto que genera más dificultad, esto es, para el caso de cotización y devolución por concepto de pensión -sin pretender agotarlas todas-, se pueden citar los siguientes para una mejor comprensión:

- (i) Hipótesis 1 (sin diferencias): con fundamento en el IBC del caso la cotización a pensión sería de \$120.00 en un mes, y el beneficiario de la condena demuestra que pagó \$120.00, de los cuales en principio al empleador correspondía pagar \$80.00 y al demandante \$40.00. En este evento, como no hay diferencia entre lo cotizado y lo que debió cotizarse para proteger el derecho pensional, la entidad condenada no deberá cotizar a la administradora, pero los \$80.00 que en su momento no cotizó los devolverá actualizados al demandante, quien fue la persona que los cubrió.
- (ii) Hipótesis 2 (con diferencias): con fundamento en el IBC del caso la cotización a pensión sería la misma de \$120.00 en un mes, y el beneficiario de la condena demuestra que pagó \$100.00. Se toma el valor total de lo que debió cotizarse -\$120.00-, de los cuales al empleador correspondía pagar \$80.00 y al demandante \$40.00. En este evento, como hay una diferencia de \$20.00 entre lo cotizado y lo que debió cotizarse en detrimento del derecho pensional, la entidad condenada deberá cotizar a la administradora esa diferencia de \$20.00, pero los \$60.00 restantes que en su momento no cotizó los devolverá actualizados al demandante, quien fue la persona que los cubrió, y éste no deberá completar ninguna diferencia porque su aporte de \$40.00 ya quedó cubierto por él en su momento.
- (iii) Hipótesis 3 (sin cotización): partiendo con el mismo ejemplo en el que con fundamento en el IBC la cotización a pensión sería de \$120.00 en un mes, y el beneficiario de la condena no hizo ninguna cotización. Se toma el valor total de lo que debió cotizarse -\$120.00-, de los cuales al empleador correspondía pagar \$80.00 y al demandante \$40.00. En este evento, como no se hizo cotización alguna, la entidad condenada deberá cotizar a la

administradora el total de \$80.00, que debió cotizar, y el demandante deberá cotizar a la misma administradora los \$40.00 que le correspondía.

Por último, debe precisarse que cualquier pago deberá ser actualizado mes por mes, al tratarse de pagos sucesivos pero independientes.

IV. Problema Jurídico:

A partir de lo planteado en el escrito de apelación, la sala plena estima que el problema jurídico en el caso particular consiste en determinar si se encuentra acreditado que la vinculación de la señora SANDRA MARINA PATIÑO SANABRIA, como instructora del SENA, en virtud de contratos de prestación de servicios suscritos en el periodo del 17 de mayo de 2007 al 12 de noviembre de 2013, se desnaturalizó en una relación laboral o si, por el contrario, se trata de un vínculo contractual cobijado por la presunción consagrada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, especialmente se atenderá a si se demostró que las funciones desarrolladas por la actora eran idénticas a las de un empleado de planta de la demandada.

Como consecuencia de ello, y solo en caso de que se encuentre que la respuesta a lo anterior es la desnaturalización en una relación laboral, la sala entrará a verificar la procedencia de las medidas de restablecimiento tomadas por el *a quo*, particularmente las consagradas en los ordinales quinto y sexto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, relacionados con los aportes a salud, pensión y riesgos profesionales.

Para llegar a la solución de lo anterior, la sala considera necesario abordar los siguientes temas: *el contrato de prestación de servicios; su desnaturalización; la unificación de la jurisprudencia frente al contrato realidad; las posturas de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el elemento subordinación y la naturaleza de la actividad desplegada por los instructores contratistas del SENA; para concluir con la decisión del caso concreto de acuerdo con el acervo probatorio allegado al expediente.*

No obstante, antes de abordar el fondo del asunto, como cuestión previa se analizará si se encuentra configurada la ineptitud de la demanda, como fue afirmado en el recurso de apelación.

V. Improcedencia de la ineptitud de la demanda para el caso concreto:

En el escrito de apelación, la parte demandada manifestó lo siguiente:

"(...) EN CUANTO A LAS NORMAS VIOLADAS POR LA ENTIDAD

*Sobre este tema, insisto en que el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, nunca ha violado la normativa en que el accionante fundamento su demanda, **tornándose esta en inepta por inexistencia de la violación del ordenamiento señalado**, y que sirve de base para la solicitud de declarar la nulidad y exigir el reconocimiento de supuestos*

derechos, que para nada han sido violados; es así que, al hacer un recorrido por todas las normas que el demandante pretendió utilizar como violadas probamos que no existe tal violación y así se planteó en la contestación de la demanda. (...)”⁴⁹ (Subrayas y negrillas por la sala).

La audiencia inicial del presente asunto tuvo lugar el 13 de junio de 2017⁵⁰, de ahí que se reguló bajo la Ley 1437 de 2011, sin modificaciones. En consecuencia, la sala no ignora que era aplicable lo señalado en el numeral 6 del artículo 180 del referido cuerpo normativo, sin modificaciones, que indicaba que esa era la oportunidad de resolver las excepciones previas, siendo una la de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones, conforme a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 100 del CGP, por lo que ese era el escenario indicado para discutir sobre la inepta demanda alegada.

En todo caso, la sala le hace notar a la parte recurrente el auto de 21 de abril de 2016⁵¹ del Consejo de Estado, en donde se hizo un llamado “(...) a la correcta utilización o abolición de la utilización del concepto ‘Ineptitud sustantiva de la demanda’, en cuanto los supuestos en que se ha hecho consistir el mismo encuadran en otras excepciones y/o mecanismos procesales de terminación del proceso o de saneamiento del mismo. (...)”⁵²

Así pues, la Alta Corporación se ocupó de estudiar en qué consistía el fenómeno de ineptitud sustantiva de la demanda y si el mismo constituía una excepción previa. Al respecto señaló que, en criterio de la sala, en múltiples providencias se había hecho alusión a la figura en comento como excepción previa, o causal de rechazo, incluso el fundamento de fallos inhibitorios, lo cual constituía actualmente una imprecisión. Anotando lo siguiente:

“(...) De lo anterior se advierte que la denominación ‘ineptitud sustancial o sustantiva’ ha tomado diferentes formas, sin embargo, técnicamente ha de señalarse que en la actualidad sólo es viable declarar próspera la que denomina la ley como ‘inepta demanda por falta de cualquiera de los requisitos formales o por la indebida acumulación de pretensiones’, en las cuales encuadran parte de los supuestos en que se basaba la denominada ‘ineptitud sustancial o sustantiva’. (...)”

Luego, expuso que existía una multiplicidad de mecanismos para afrontar las falencias de orden procesal o sustancial que se podrían llegar a presentar en la demanda. Para el caso de los supuestos que configuran la excepción previa de ineptitud de la demanda, reiteró que la misma se estructura por falta de requisitos formales o por la indebida acumulación de pretensiones. Así:

“En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano consagra de manera expresa la excepción previa denominada “Ineptitud de la demanda”, encaminada

⁴⁹ Folios 383-384; cuaderno 2 de primera instancia. Páginas 164-165 (02).

⁵⁰ Folios 301-304; cuaderno 2 de primera instancia. Páginas 55-62 (02).

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Auto de 21 de abril de 2016. Radicado: 47001-23-33-000-2013-00171-01(1416-2014). C.P: William Hernández Gómez. Actor: Humberto Rafael Miranda Correa.

⁵² Ibidem.

fundamentalmente a que se adecúe la misma a los requisitos de forma que permitan su análisis en sede judicial, so pena de la terminación anticipada del proceso. Esta se configura por dos razones:

- a) **Por falta de los requisitos formales.** En este caso prospera la excepción cuando no se reúnen los requisitos relacionados con el contenido y anexos de la demanda regulados en los artículos 162, 163, 166 y 167 del CPACA., en cuanto indican qué debe contener el texto de la misma, cómo se individualizan las pretensiones y los anexos que se deben allegar con ella (salvo los previstos en los ordinales 3.º y 4.º del artículo 166 ib.¹ que tienen una excepción propia prevista en el ordinal 6.º del artículo 100 del CGP¹).

Pese a ello, hay que advertir que estos requisitos pueden ser subsanados al momento de la reforma de la demanda (Art. 173 del CPACA en concordancia con el ordinal 3.º del artículo 101 del CGP¹), o dentro del término de traslado de la excepción respectiva, al tenor de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 175 del CPACA¹ y 101 ordinal 1.º del CGP¹.

Por indebida acumulación de pretensiones. Esta modalidad surge por la inobservancia de los presupuestos normativos contenidos en los artículos 138¹ y 165¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (...)" (Subrayas por la sala).

De manera que, resulta evidente que lo alegado por la parte recurrente no corresponde a la excepción previa de inepta demanda, ya que pretende enrostrar al escrito de demanda un defecto procedimental, fundamentado en consideraciones que hacen parte del análisis de fondo del litigio, a saber: si la demandada ha quebrantado el ordenamiento normativo alegado en el escrito de demanda, lo cual únicamente es posible determinar en la sentencia.

En esta medida, la sala no declarará la excepción previa de inepta demanda propuesta por la recurrente y continuará con el análisis de fondo del asunto.

VI. El contrato de prestación de servicios:

Esta clase de Contrato Estatal, se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así:

"Art. 32.- De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

...3º. Contrato de prestación de servicios.

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

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

De lo transcrito se coligen los siguientes elementos para la configuración del contrato de prestación de servicios, a saber:

1. Su objeto debe estar ligado necesariamente con el desarrollo de actividades que se relacionen con la administración o el funcionamiento de la entidad. Es decir, el contratista vinculado a través de esta clase de contrato estatal, sea persona natural o jurídica, deberá ejercer funciones concernientes a la parte administrativa o a las actividades propias o del giro ordinario de la entidad contratante.

Siendo ello así, no puede desconocerse que la naturaleza de la actividad que constituye el objeto de un contrato de prestación de servicios puede ser permanente o excepcional, ya que el legislador del año 93 no lo distinguió, basta entonces con que guarden relación con la administración o con el funcionamiento de la entidad para que puedan componer el objeto contractual.

Por esta razón, es que ya la jurisprudencia nacional⁵³ ha admitido que tal disposición modificó tácitamente la limitante que consagraba el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 en concordancia con el artículo 7º del Decreto 1950 de 1973, según los cuales está prohibida la celebración de esta clase de contratos para "*el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente*", estableciendo al mismo tiempo la obligación de crear los empleos correspondientes.

Tal interpretación encuentra plena justificación en la realidad que, para la época de expedición del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, y que aún hoy persiste, en la que las necesidades de la Administración en materia de contratación no solo hacen referencia a las actividades excepcionales que ejecuta sino igualmente a las que cumple habitual y normalmente.

2. De otro lado, se encuentra en la norma descrita que tales contratos pueden ser celebrados tanto con personas jurídicas como con personas naturales. Sin embargo, frente a éstas últimas fija una restricción, cual es que sólo pueden ser contratadas personas naturales para desarrollar las actividades referidas, en dos únicos eventos:

a) *Cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta. Esto acontece cuando en la planta de cargos de la entidad no existe el empleo para tal acción o por insuficiencia de personal, es decir, que el personal de planta aunque por manual de funciones deba ejecutar tal labor, físicamente le resulta imposible hacerlo;*
y

b) *Cuando se requiera los conocimientos especializados de esa persona natural. Por ello constituye un contrato intuitu personae, es decir, en consideración a la persona*

⁵³ Sentencia de octubre 31 de 2002. Consejo de Estado. Sección Segunda. C.P. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO. Rad. 20001-23-21-000-1999-00756-01(1420-01). Partes: CARLOS CHINCHILLA LANZZIANO contra el SENA.

que se contrata, dado que posee los conocimientos especiales que requiere la entidad para desarrollar determinada función administrativa o inherente a su funcionamiento.

3. Finalmente, como característica especial de este contrato el inciso final de la norma anteriormente citada, señala expresamente que por ningún motivo tales contratos podrán configurar una relación laboral ni generar el compromiso de la entidad en pagar prestaciones sociales. Así mismo, restringe el tiempo de su celebración al que estrictamente necesite la entidad; luego, la entidad contratante deberá prever al momento de suscribirlo el tiempo que tardará en superar las circunstancias que dieron origen a la necesidad de dicha contratación, lo que indica que no ha de ser indefinido, pues si la actividad contratada la requiere por tiempo indeterminado, indudablemente que para ello no se permitió el contrato estatal aludido.

Lo anterior significa que si bien la Ley 80 de 1993 autorizó la contratación para una actividad que puede tener carácter permanente, de aquellas que habitualmente cumple la entidad, no ocurre lo mismo frente a la necesidad de contratar dicha actividad⁵⁴.

VII. Desnaturalización del contrato de prestación de servicios:

Analizado lo anterior, cabe entonces preguntarse si ¿acaso el legislador, con la expedición de la Ley 80 de 1993, quiso permitir que en los eventos en que se celebra un contrato de prestación de servicios con persona natural porque el personal de planta resulta insuficiente, la administración tenga una herramienta jurídica que le permita, so pretexto de no interrumpir la prestación del servicio, pasar por alto las normas contentivas de derechos laborales y del régimen del empleo en nuestro país?. La respuesta a este interrogante indudablemente que es un NO rotundo. Y el entendimiento sobre las razones por las cuales se llega a esta conclusión radica en tener muy claras las diferencias entre las dos formas de prestar servicio al Estado.

Para establecer las diferencias entre la relación con el Estado derivada de un Contrato de Prestación de Servicios y la que se origina en una relación legal y reglamentaria, a juicio de esta Sala el elemento clave no solo es la subordinación, pues los otros dos elementos es claro que se dan en ambas relaciones, toda vez que se puede prestar el servicio personal por parte de un individuo (servidor público o contratista persona natural) y generan una contraprestación (llámese salario u honorarios o compensación).

Lo que en realidad marca el contraste entre una y otra vinculación es **la dependencia**, no respecto de otro funcionario que obre como superior jerárquico en nombre de la administración, que ciertamente en algunos casos se puede dar, sino la

⁵⁴O dicho de otra manera, tal necesidad no puede ser de la misma índole permanente como la actividad, sino temporal para superar la coyuntura que constituye el motivo de la contratación.

sujeción a la ley y el reglamento, puesto que el servidor público no está subordinado⁵⁵ sino que principalmente se encuentra obligado a cumplir lo que disponga la ley y el reglamento, de allí la denominación de su relación arriba referida⁵⁶, aunque en ciertos cargos la práctica indica que también se presenta eventualmente una subordinación.

Ahora bien, entre entidad contratante y contratista estatal lo que se presenta es una coordinación de las labores objeto del contrato, así éstas sean de aquellas que deban ser prestadas por personal de planta, **pero que por circunstancias excepcionales** en el momento sea imposible hacerlo con sus servidores.

En consecuencia, es el Estado contratante el que debe tener especial cuidado al momento de establecer las necesidades de acudir al contrato de prestación de servicios, puesto que además de encontrar plena justificación en las especiales circunstancias en las que es posible acudir a ese tipo de vinculación, las que arriba quedaron descritas, le corresponde no sólo celebrar un contrato que formalmente cumpla con el clausulado propio de estos casos o expedir la orden de servicio, según el caso, sino además que el trato se desarrolle en términos estrictamente de concertación de medios y esfuerzos para una acción común entre él y el contratista, puesto que si el contratista respecto de la labor que le ha encomendado debe cumplir un régimen legal y reglamentario previamente establecido y propio de un empleado público, incurre en desnaturalización de la figura contractual o convencional⁵⁷, según sea el caso, para convertirla en una relación similar a la que existe entre el empleado de planta que realiza análogas actividades, pero con unas condiciones más favorables en cuanto a derechos laborales.

Bajo esta premisa, obviamente se encontrarán actividades que no es posible cumplir con una persona a través de la mera coordinación de esfuerzos sino que por su naturaleza, sólo es posible llevarlas a cabo en virtud de un régimen legal y reglamentario preestablecido o incluso bajo la subordinación o sujeción, como ocurre con aquellas personas en cuya labor no pueden actuar de manera independiente, sino que deben hacerlo siempre siguiendo las directrices fijadas por la ley y/o el reglamento, o hasta cumpliendo las órdenes de un jefe, con quien no se concierta la acción sino que depende de las instrucciones que aquel le imparta.

De allí que, en concepto de esta Corporación, el hecho de cumplir la función en un horario determinado y de forma habitual, por sí solo no constituye la sujeción al régimen legal y estatutario igual al de un servidor público, ni menos aún el ejercicio de la subordinación (en caso que esta se presente según la actividad), puesto que es posible acordar con el contratista que permanezca en la entidad Estatal en un determinado horario, pues ello permitiría cumplir con la prestación del servicio de manera eficiente, que constituye el fin último de la contratación, máxime si se tiene en cuenta que

⁵⁵ Subordinación según la Real Academia Española significa "*Sujeción a la orden, mando o dominio de alguien*"

⁵⁶ Legal y Reglamentaria o estatutaria.

⁵⁷ Aplicación de las normas jurídicas de derecho privado.

precisamente el contrato de prestación de servicios fue previsto para el cumplimiento de actividades relacionadas con el funcionamiento o la administración de la entidad; sin embargo, si ese cumplimiento de horario está acompañado de manifestaciones claras de sujeción a un régimen legal y reglamentario propio de un empleado público y/o de una subordinación a un jefe, necesariamente deberá tenerse como indicio de la desnaturalización del contrato Estatal de prestación de servicios.

Como corolario de lo anterior, se tiene que, al verificarse en la realidad la situación de sujeción, arriba aludida, con el beneficiario de los servicios, se está desdibujando la figura (*contrato de prestación de servicios y/o órdenes de servicios*), con el único propósito de desconocer los derechos laborales.

Así las cosas, en cada caso particular deberá analizarse el acervo probatorio a fin de establecer con certeza si la relación que se generó entre el contratista y el Estado fue un vínculo contractual Estatal o si por el contrario, el trato desarrollado durante la ejecución del contrato da cuenta de una relación laboral bajo un régimen legal y reglamentario propio de los empleados públicos, caso en el cual necesariamente habrá que dar aplicación al principio constitucional contenido en el artículo 53 de la Constitución Política, según el cual debe primar la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, y al principio de equidad consagrado en el artículo 13 *ibídem*, pues los operadores judiciales, haciendo caso omiso de la realidad procesal que se nos presenta ostensiblemente, no podemos ser cómplices de aquel Estado que pretenda utilizar las herramientas legales para soslayar los derechos constitucionales fundamentales, porque precisamente la independencia y autonomía que nos ha sido conferida por las normas Superiores deviene, entre otras razones, de la necesidad de garantizar la salvaguarda de la aplicación objetiva de la Constitución y la ley.

VIII. Unificación jurisprudencial sobre contrato realidad:

Frente al tema que se debate en el *sub judice*, en el que se pretende el reconocimiento de una relación laboral con el Estado en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, el Consejo de Estado⁵⁸ unificó su jurisprudencia respecto de puntos álgidos como consecuencia de la declaración de la relación laboral, que por su relevancia deben ser tenidos en cuenta para la solución del caso concreto y que se exponen a continuación.

En primer lugar, indica que quien pretenda el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que se derivan de la declaración de la existencia de la relación laboral, deberá efectuar la reclamación dentro del término de los tres años siguientes a la finalización de la relación contractual.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

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

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

No obstante, advierte que dicha regla no podrá aplicarse frente a los aportes a pensión, teniendo en cuenta que éstos son imprescriptibles dada su condición de periodicidad, pues se causan día a día, excluyéndolos de la prescripción extintiva y de la caducidad de la acción, por tal razón, pueden ser reclamados y demandados en cualquier momento, pues la Administración no puede despojarse de esta obligación, que incide en el acceso a una pensión digna al trabajador, la cual debe responder a la realidad de la prestación de su servicio al Estado.

"En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)⁵⁹, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo."

Por lo anterior, el juez del proceso deberá siempre pronunciarse sobre los aportes pensionales adeudados por la Administración al sistema de seguridad social en pensiones, así no se haya solicitado en la demanda, teniendo en cuenta que el trabajador es el extremo débil de la relación, y el Estado debe tomar las medidas tendientes a su protección efectiva para que de acceder a un derecho pensional, pueda disfrutarlo sobre el monto real de sus aportes.

No obstante, tal imprescriptibilidad no podrá predicarse de los aportes pagados por el contratista, caso en el cual deberá acreditar el pago de éstos, y de hallarse

⁵⁹ "Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;

(...)"

diferencias entre lo pagado y los aportes que se debieron realizar, la Administración deberá cancelar la diferencia que resulte.

"Por último, resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador."

Ahora bien, en segundo lugar el Consejo de Estado expresa que el pago de las prestaciones, no se reconocen a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto del acto que las anuló, pese a su derecho de ser tratado como los demás empleados públicos que están vinculados bajo una relación legal y reglamentaria, pues a pesar de ser su remuneración la consecuencia de los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a percibir las prestaciones que hubiera recibido si la Administración no hubiese usado la modalidad de la contratación estatal para esconder una verdadera relación laboral.

Igualmente, analizó las dos posturas que actualmente existen respecto de la base de liquidación de las prestaciones sociales que se derivan de la declaración de la relación laboral, una se decanta sobre los honorarios pactados por las partes y la otra sobre los emolumentos percibidos por el funcionario de planta, para el caso concreto analizado en la mencionada sentencia de unificación, en relación con los docentes determinó que sería los honorarios pactados el ingreso sobre el cual se calculará las prestaciones dejadas de percibir por el docente, teniendo en cuenta que los docentes oficiales se encuentran inscritos en el escalafón nacional docente lo que implica remuneraciones diferentes.

De lo anterior, se interpreta que en los casos en que se encuentre demostrado que el empleo desarrollado por el contratista existía en la planta de personal de la entidad, y lo desempeñaba en igualdad de condiciones que los funcionarios de planta, serán los emolumentos percibidos por aquellos el ingreso sobre el cual se calculará las prestaciones dejadas de percibir por el contratista.

A partir de los anteriores elementos teóricos, pasa la sala a ocuparse del caso concreto en la forma expuesta en el problema jurídico ya delimitado.

IX. Las posturas de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el elemento subordinación y la naturaleza de la actividad desplegada por los instructores contratistas del SENA:

Frente a este tema existen dos tesis que distan entre sí en la jurisprudencia reciente de las Subsecciones A y B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, para cuya ilustración se resaltan los siguientes pronunciamientos:

- **Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado:**

En sentencia del **19 de julio de 2018**⁶⁰, la Alta Corporación negó las pretensiones de la demanda, por un lado, porque no pudo determinar la existencia de una relación laboral continua e ininterrumpida, al no estar definidos los extremos temporales de la misma, en tanto no existía prueba de la fecha de inicio y finalización de las diferentes relaciones contractuales; y, por otro lado, en razón a que estableció la falta de continuidad en la prestación del servicio y, por contera, de permanencia, al señalar que:

"(...) Así entonces, si bien se demostró que el actor estuvo vinculado al SENA con el fin de prestar sus servicios en el área agrícola, las órdenes y contratos de prestación de servicios, no permiten determinar una prestación continua e ininterrumpida que demuestre la permanencia en el servicio.

Sobre el particular, esta corporación ha señalado en diversas oportunidades, que «el elemento de la subordinación requiere, para su configuración, que esta se ejecute de manera continua e ininterrumpida durante el desarrollo del contrato, es decir, que exista una sujeción o dependencia constante de quien presta el servicio respecto de su contratante»⁶¹, elementos que no fueron demostrados en el presente caso.

Lo anterior toda vez que, en el sub examine, la forma de contratación era por un número determinado de horas de formación o instrucción, sin establecer, por regla general, plazos máximos para ello. (...)"

Junto a ello, ante el contenido de un testimonio, la Subsección resaltó la falta de prueba documental que soportara el cumplimiento de un horario laboral, así como las directrices que impartían los coordinadores académicos para dar cumplimiento a la obligación o las consecuencias legales o contractuales negativas en caso de incumplimiento. Asimismo, la falta de órdenes que se le hubieran impartido al demandante. Agregando lo siguiente:

"(...) Sobre el particular, debe señalarse que la rendición de informes mensuales en la ejecución del contrato, pasar planillas o hacer la planeación académica del mes siguiente, no pueden considerarse, por sí mismas, como elementos de subordinación laboral, pues hacen parte de la ejecución y de las relaciones de coordinación propias del contrato de prestación de servicios.

Así las cosas, en vista de que no se desvirtuó la autonomía e independencia en la prestación del servicio del demandante ni la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios y sin tener probados los elementos de la relación laboral, se concluye que no tienen vocación de prosperidad las pretensiones de la demanda y por ende, habrá lugar a su revocatoria. (...)" (Subrayas por la sala).

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 19 de julio de 2018. Radicado: 47001-23-33-000-2014-00010-01(3928-15). C.P: Rafael Francisco Suárez Vargas. Actor: Alfredo Rafael Cuao Posada.

⁶¹ Expediente 3257-16 consejero Ponente: William Hernández Gómez

En sentencia del **21 de marzo de 2019**⁶², el Consejo de Estado en la misma Subsección A, insistió en la relevancia del elemento continuidad y desestimó las consideraciones que advertían la dependencia del actor por tratarse del ejercicio de una labor docente:

"(...) En ese sentido, según la conversión de horas a días realizada por la Subsección, de tener por probado que el demandante cumplía el horario por él indicado en la demanda, tendría que concluirse que el señor Aguas Bolaño prestó sus servicios al SENA: i) en el año 2009 un total de 72 días, ii) en el 2010 serían 83 días y, iii) en el 2011 por los dos contratos suscritos un total de 100 días.

De acuerdo con lo anterior, no se puede inferir que el señor Jairo Manuel Aguas Bolaño hubiese prestado sus servicios al SENA en forma continua e ininterrumpida, siendo este, se reitera, uno de los elementos que permiten inferir la existencia del contrato realidad.

Aunado a lo antepuesto, ni de los contratos y órdenes de servicios, ni de las actas de inicio y finalización⁶³ de cada uno de ellos, y que fueron aportados por las partes, se puede extraer la existencia de la relación laboral continua, ininterrumpida y permanente, pues, contrario a lo manifestado por el a quo, para la Subsección no obra un medio de prueba que permita concluir que las interrupciones contractuales se presentaron, únicamente, en los periodos de cese académico o de vacaciones, puesto que no se determinó, cuando menos, la fecha a partir de la cual cesaban las labores de los formadores en el Centro Agropecuario de Gaira, en Magdalena.

Ahora, según el Tribunal, por tratarse del ejercicio de una labor docente, era factible advertir la dependencia en que se encontraba el señor Aguas Bolaño, por cuanto debía cumplir una jornada laboral y atender las directrices asignadas por la entidad demandada, velar por el buen desenvolvimiento académico del grupo asignado, así como también, debía asistir a reuniones mensuales y rendir informes.

No obstante, la Subsección no comparte las conclusiones sobre dicho elemento de la relación laboral, a las que arribó el Tribunal Administrativo de Magdalena por las siguientes razones:

- *En el proceso no obra una sola prueba que dé cuenta del supuesto horario del «Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira», y aun cuando en los hechos de la demanda se indicó que el horario era de 7 a.m. a 12., y de 1 p.m. a 4:30 p.m., dicho supuesto, se reitera, no encuentra ningún respaldo probatorio.*
- *De igual forma, no obra prueba alguna de que el demandante estuviera sujeto a prestar el servicio en un horario impuesto por la entidad, tales como circulares, oficios, memorandos o llamados de atención por el no acatamiento de este.*
- *En otro punto, tampoco obran probanzas que permitan inferir, cuando menos, que el demandante recibía órdenes e instrucciones por parte de funcionarios del SENA; ni que se le hacían llamados de atención o expedición de memorandos.*
- *Sobre las labores desarrolladas en condiciones de dependencia continuada, no obran elementos de convicción, acerca de las actividades ejecutadas por el demandante o de cuándo, cómo y dónde realizaba este sus funciones como instructor contratista, por lo que considera la Subsección que no obra medio probatorio alguno que permita corroborar que su trabajo debió ser ejecutado en*

⁶² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 21 de marzo de 2019. Radicado: 47001-23-33-000-2014-00069-01(5129-16). C.P: William Hernández Gómez. Actor: Jairo Manuel Aguas Bolaño.

⁶³ En el expediente únicamente obran las actas de inicio de las OPS 325 y 715 de 2011 (fls. 151 vto. y 117 vto.) y el acta de liquidación de la OPS 325 de 2011 (f.153).

la forma ordenada por los coordinadores de formación o por otro funcionario de la demandada.

- Dicho esto, la Corporación advierte que, actividades como rendir informes mensuales de la ejecución de contrato, pasar planillas o efectuar planeación académica del mes siguiente, no pueden considerarse, por sí mismas, como elementos de subordinación laboral, pues hacen parte de la ejecución y de las relaciones de coordinación, propias del contrato de prestación de servicios.
- Finalmente, se extraña en el expediente elementos probatorios que permitan confirmar que el demandante prestaba el servicio en las mismas condiciones de tiempo, modo y lugar que aquellos de planta de personal.

En ese orden de ideas, esta Subsección ha de concluir que no existe una prueba de la que fehacientemente se pueda inferir que el demandante no tenía la posibilidad de actuar con independencia, es decir, que el señor Jairo Manuel Aguas Bolaños laboraba en forma subordinada porque debía cumplir con la intensidad horaria al igual que los demás funcionarios de planta, como tampoco obran pruebas de que recibía órdenes o instrucciones por parte de los funcionarios del SENA.

(...)

En conclusión: La Subsección reitera que, como en esta clase de asuntos la carga de la prueba corresponde a quien pretende demostrar la existencia de la relación laboral, y en el presente caso, la parte demandante no logró demostrar de forma contundente el elemento del contrato realidad como es la subordinación y dependencia continuada, considera esta Corporación que la sentencia de primera instancia debe ser revocada, toda vez que prosperan los argumentos del recurso de apelación. (...)" (Subrayas por la sala).

Sobre el punto señalado previamente, relativo a la subordinación de la labor docente, resulta preciso resaltar que en sentencia del 11 de diciembre de 2020⁶⁴, la Sección Primera del Consejo de Estado estudió una acción de tutela contra providencia judicial en un caso sobre contrato realidad en la que la parte accionante alegaba, entre otros, "(...) que el Tribunal Administrativo de Bolívar desconoció en el fallo de 12 de junio de 2020, la sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 del 25 de agosto de 2016, en la cual el Consejo de Estado precisó que la **labor docente es subordinada**. (...)". Al respecto, la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo discurrió que la labor docente era distinta a la que ejecutaban los instructores del SENA⁶⁵.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 11 de diciembre de 2020. Radicado: 11001-03-15-000-2020-04010-01 (AC). C.P: Roberto Augusto Serrato Valdés. Actor: Teresita de Jesús Rozo López.

⁶⁵ Se argumentó lo siguiente en la providencia en comentario:

"(...)

51. Sin embargo, en el aludido fallo se unificó la jurisprudencia respecto de las controversias relacionadas con el **contrato realidad** pero **en lo concerniente a la prescripción⁶⁵ de los derechos derivados de tal eventualidad**.

52. Significa todo lo anterior que, en esa oportunidad, la decisión se profirió al estudiar y decidir el caso de una maestra de tiempo completo, al servicio del municipio de Ciénaga de Oro, **con dependencia y subordinación** frente a la entidad territorial para la cual trabajaba, **labor docente distinta a la que desempeñan los instructores del SENA**.

53. En ese orden de ideas, la Sala advierte que, si bien es cierto que en la sentencia de unificación cuya desatención alega la accionante, se dispone que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicio no desvirtúa el carácter personal de su labor, ni es ajena al elemento de subordinación, la realidad es que **tales consideraciones obedecen a una situación fáctica distinta a la que en esta oportunidad se estudia**.

54. Además, no puede pasarse por alto que en el interior del proceso ordinario se acreditó que la accionante, señora Teresita de Jesús Rozo López, tenía contrato de prestación de servicios tanto con el SENA como con otras entidades, lo que desvirtuaba la configuración de los elementos del contrato de trabajo, especialmente, la subordinación.

Por último, en sentencia del **11 de marzo de 2021**⁶⁶, la Corporación en la misma Subsección, confirmó la decisión de negar las pretensiones de la demanda al no haberse demostrado el elemento de subordinación. En el escrito de apelación, entre otros, se argumentaba que no era necesario suministrar el horario de trabajo, manual de funciones, memorando o llamado de atención, en razón a que el empleo público se regía por funciones regladas y detalladas en las normas. Asimismo, que la función contratada fue la de impartir formación profesional, esto es la actividad misional establecida en la Ley 119 de 1994, así como el Decreto 1426. Por tanto, lo dispuesto en dichas normas era suficiente para demostrar que la actividad desplegada correspondía a una función esencial del Estado.

De cara al análisis del caso concreto, se destacan las consideraciones hechas sobre la naturaleza de la función desplegada. Veamos:

"(...) En suma, si bien se demostró que la actora prestó sus servicios al Sena como instructora en los programas de formación que se advirtieron en las tablas que anteceden, los documentos que obran en el plenario no permiten determinar una prestación continua y subordinada que demuestre la permanencia en el servicio.

En efecto, en el proceso no obra prueba que dé cuenta que la accionante i) estuviera sujeta a prestar el servicio de manera subordinada a través del cumplimiento de órdenes diarias por parte de funcionarios del Sena; ii) llamados de atención, oficios o memorandos por el incumplimiento de un horario laboral; y, iii) que hubiera cumplido labores en igualdad de condiciones de un instructor de planta de la entidad.

Sobre las funciones desarrolladas en condiciones de dependencia continuada, no obran elementos de convicción, acerca de las actividades ejecutadas por la demandante, pues si bien señaló que las labores que fueron realizadas hacen parte las funciones propias de la entidad, tal situación no evidencia una relación de sujeción directa frente a la prestación del servicio, pues simplemente se trataba de cumplir con el objeto del contrato relacionado con la prestación del servicio personal como instructora y gestora de proyectos.

De acuerdo con lo expuesto, es preciso advertir que actividades como rendir informes mensuales de la ejecución de contrato, pasar planillas o efectuar planeación académica del mes siguiente, no pueden considerarse, por sí solas, como elementos de subordinación laboral, toda vez que hacen parte de la ejecución y de las relaciones de coordinación, propias del contrato de prestación de servicios.

Finalmente, se reitera, se echan de menos en el expediente elementos probatorios que permitan confirmar que la demandante prestaba el servicio en iguales condiciones de tiempo, modo y lugar que los empleados de la planta de personal.

En ese orden, la Sala concluye que no existe una prueba que pueda inferir que la demandante no tenía la posibilidad de actuar con independencia, es decir, que la señora Fajardo Rojas laboraba en forma subordinada, como tampoco obran pruebas de que recibía órdenes o instrucciones por parte de los funcionarios del Sena.

(...)

55. **De otra parte, la labor docente referida en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado no es la misma que cumplen los instructores del SENA y que se encuentra prevista en el Decreto Ley 2277 de 1979 y en el artículo 104 de la Ley 115 de 1994. Al respecto en dicha providencia se expuso lo siguiente:**

(...)

56. **El anterior planteamiento pone de presente que el Tribunal Administrativo de Bolívar no incurrió en el defecto de desconocimiento del precedente al dictar la sentencia de 12 de junio de 2020, proferida dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho 13001-33-33-008-2016-00203-00/01 por cuanto, tal como quedó expuesto, los casos que se estudian no son coincidentes. (...)"** (Subrayas por la sala).

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 11 de marzo de 2021. Radicado: 18001-23-33-000-2016-00214-01(0008-19). C.P: Rafael Francisco Suárez Vargas. Actor: Sandra Milena Fajardo Rojas.

Resta precisar que la vinculación de instructores es una actividad de especial importancia para la entidad, por ser indispensable para la ejecución de su objeto principal y que esta puede darse a través de una relación legal y reglamentaria, como empleado público de carrera administrativa o provisional, o mediante contrato de prestación de servicios, pues ello ha sido permitido y reglamentado por el Estatuto de Contratación y los manuales de funciones y circulares expedidos por el Sena.

Además, la elaboración, orientación, formulación o implementación de proyectos de formación, lleva consigo una obligación de hacer debido a la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia para la ejecución de las labores contratadas, pero no por ello tiene que considerarse como una actividad sujeta a subordinación o dependencia. (...)

Así las cosas, a partir de los anteriores pronunciamientos, puede concluirse que la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado exige el cumplimiento de la carga de la prueba por parte del contratista, especialmente para el elemento de la subordinación, y descarta que la función de instructor del SENA evidencie por sí misma una relación de sujeción directa y subordinada o dependiente.

Por último, la sala plena debe aclarar que de ninguna manera lo anterior equivale a considerar que esté proscrito declarar la existencia de contratos realidad para los instructores del SENA, sino que a partir de dichas providencias puede enfatizarse en la relevancia del cumplimiento de la carga de la prueba en cabeza de quien pretende demostrar la existencia de una relación laboral. Nótese que en sentencia del 28 de noviembre de 2018⁶⁷ se accedió a las pretensiones de un formador profesional del SENA, en tanto quedó demostrada la subordinación y dependencia continuada en ese caso, ya que tenía que cumplir órdenes e instrucciones por parte de los funcionarios del SENA, es decir, no se trataba de una actividad autónoma e independiente.

- Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado

Su postura es diferente a la anterior, en tanto otorga un papel preponderante a la naturaleza de la labor desplegada por estos contratistas. Veamos:

En la providencia de **18 de febrero de 2021**⁶⁸ se señaló que en razón a las labores desempeñadas se corroboraba que no podía existir coordinación para la ejecución de una presunta relación contractual en el asunto, al tratarse de funciones que atañen a la esencia de la entidad demandada:

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 28 de noviembre de 2018. Radicado: 17001-23-33-000-2014-00282-01(2093-16). C.P: William Hernández Gómez. Actor: Diego Hernán Cortés Silva.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 18 de febrero de 2021. Radicado: 20001-23-33-000-2015-00301-01(2208-16). C.P: Carmelo Perdomo Cuéter. Actor: Tomás López Pacheco.

En la sentencia de 16 de abril de 2021 se insiste en que teniendo en cuenta que la misión encomendada al SENA comprende la formación y capacitación de los trabajadores, funciones de carácter permanente que cumple en el desarrollo de su actividad, al existir similitud con las labores desempeñadas por el contratista, se corrobora que no puede existir coordinación para la ejecución de una presunta relación contractual para desarrollar la labor de ser instructor, al tratarse de funciones que atañen a la esencia de la entidad.

(Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 16 de abril de 2021. Radicado: 17001233300020140046801 (5101-2018). C.P: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Actor: Ana Milena Marín Hincapié.)

“(…) En lo concerniente a (iii) la **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, resulta procedente examinar la naturaleza de las funciones desempeñadas por el actor y su verdadero alcance, con el fin de establecer si existió o no.

El Sena fue creado mediante Decreto ley 118 de 1957 y sus funciones iniciales consistían en brindar formación profesional a los trabajadores de la industria, el comercio, la agricultura, la minería y la ganadería, según el Decreto 164 de 6 de agosto de 1957.

Posteriormente, la Ley 119 de 1994⁶⁹ dispone que el Sena es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio e independiente y autonomía administrativa, adscrito al Ministerio del Trabajo, cuya misión, según su artículo 2, consiste en «[...] cumplir la función que le corresponde al Estado de intervenir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores colombianos; ofreciendo y ejecutando la formación profesional integral, para la incorporación y el desarrollo de las personas en actividades productivas que contribuyan al desarrollo social, económico y tecnológico del país».

Así las cosas, la misión especial encomendada a esa entidad consiste en formar y capacitar a los trabajadores, funciones de carácter permanente que cumple en desarrollo de su actividad, de lo que se colige que las labores desempeñadas por el accionante como instructor son inherentes a su materialización, en tanto que no fueron temporales y están directamente relacionadas con ella.

En el mismo sentido, se tiene que según el manual específico de funciones, requisitos mínimos y competencias laborales para los empleos de la planta de personal del Sena, contenido en el Decreto 986 de 27 de mayo de 2007 (vigente entre 2007 y 2015), el cargo de instructor hace parte de dicha planta, con la descripción de las siguientes funciones:

[...]

II. PROPOSITO [sic] PRINCIPAL

Desarrollar procesos de Formación Profesional de conformidad con las Políticas Institucionales, la Normatividad vigente y la Programación de la Oferta Educativa.

III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES

INSTRUCTOR:

1. Seleccionar estrategias de enseñanza – aprendizaje – evaluación según el programa de Formación Profesional y el enfoque metodológico adoptado.
2. Seleccionar ambientes de aprendizaje con base en los resultados propuestos y en las características y requerimientos de los aprendices.
3. Orientar los procesos de aprendizaje según las necesidades detectadas en los procesos de evaluación, metodologías de aprendizaje y programas curriculares vigentes.
4. Programar las actividades de enseñanza – aprendizaje – evaluación de conformidad con los módulos de formación y el calendario institucional y el Manual de Procedimientos para la ejecución de acciones de Formación Profesional.
5. Reportar información académica y administrativa según las responsabilidades institucionales asignadas.
6. Evaluar la formación de los aprendices durante el proceso educativo de acuerdo con le [sic] Manual de Evaluación vigente.
7. Las demás que le sean asignadas por la autoridad competente de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área del desempeño del empleo.

[...] ⁷⁰.

⁶⁹ «Por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones».

⁷⁰ Información consultada en la página electrónica: <http://www.sena.edu.co/es-co/sena/Paginas/manua-funciones.aspx>.

Las anteriores atribuciones guardan similitud con las desempeñadas por el demandante, en tanto que denotan una sujeción y dependencia de quien ejerza ese cargo, al propio tiempo que corroboran que no puede existir coordinación para el desarrollo de una presunta relación contractual para desempeñar esa labor, puesto que se trata de funciones que atañen a la esencia de la entidad demandada, además de que, de las declaraciones recaudadas, no existe duda sobre la configuración de los 3 elementos de la relación laboral antes descritos, en especial el de subordinación, en la medida en que los referidos testimonios merecen credibilidad, toda vez que relatan la manera como el actor ejecutó los servicios para los cuales fue contratado, y en armonía con los contratos obrantes en el expediente, permiten evidenciar la concurrencia de dichos elementos; pero, sobre todo, que prestó la labor en forma subordinada y dependiente respecto del empleador, sujeta a órdenes del personal superior.

(...)

Por consiguiente, se reitera que en el presente caso no puede hablarse de coordinación, en la medida en que el desempeño de las funciones por parte del accionante estaba sujeto a la imposición de medidas y/o órdenes de la demandada, tales como: la imposición de horario prácticamente inmodificable debido al funcionamiento de la institución, solicitudes de permisos, imposibilidad en la prestación del servicio por otras personas, sino directamente por el contratista, y, además, la situación referente a que debía cumplir diferentes labores relacionadas con la institución, lo que denota sin lugar a dudas que el accionado, en su condición de empleador, tenía la posibilidad de disponer del trabajo del demandante, lo que demuestra la existencia de una verdadera subordinación.

*Por lo tanto, valoradas las pruebas en su conjunto, se colige que si bien el actor prestó sus servicios para el Sena a través de contratos de prestación de servicios u otras modalidades de similar tenor, se desdibujaron las características propias de este tipo de vínculos, circunstancia que originó una relación laboral distinguida por la permanencia y continuidad en su ejecución y la correspondiente subordinación, lo que lo dejó en las mismas condiciones de otros servidores públicos de la planta de personal de la entidad.
(...)"*

Así las cosas, aun cuando se considera que ambas subsecciones exigen al contratista la demostración de cada uno de los elementos de la relación laboral para efectos de declarar la configuración del contrato realidad, se encuentra que la Subsección B otorga un papel preponderante a la función desplegada descartando la posibilidad de coordinación entre las partes en virtud de la misma.

- Postura acogida por el Tribunal Administrativo del Meta:

De acuerdo con lo descrito, esta corporación acoge la posición desarrollada por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado en el sentido de estimar que la función de instructor-contratista del SENA no evidencia por sí misma una relación de sujeción directa, subordinada o dependiente.

De tal manera que, es dable que en el marco de una estricta relación contractual, se presenten labores de colaboración y coordinación entre las partes contratantes. Más aún, si se atiende a que se ha descartado jurisprudencialmente que la labor del instructor del SENA se equipare a la labor docente en lo relativo a la subordinación, como ya quedó visto.

Por tanto, en aquellos casos en que la labor del contratista haya sido de instructor del SENA, le corresponde a la parte actora demostrar la configuración de cada uno de los elementos que integran la relación laboral, especialmente el elemento de subordinación o dependencia, el cual no se presumirá.

X. Caso concreto:

En el presente caso está probado que la actora petitionó al SENA, con escrito radicado el 22 de abril de 2016⁷¹, con el objeto de que se le reconociera el estatus de empleado público, puesto que las funciones que había desempeñado en el cargo de Instructora en la Regional Meta, desde el 17 de mayo de 2007 hasta el 12 de noviembre de 2013, eran propias de un empleado de planta que labora en la entidad.

Además, solicitó que le fueran canceladas las sumas correspondientes a los derechos y prestaciones sociales, de orden legal y convencional a que hubiera lugar, por haber desempeñado el anterior empleo, así como los valores relativos a sanciones, indemnizaciones, indexaciones, intereses comerciales y moratorios, perjuicios morales y materiales derivados de la falta de pago de los emolumentos dejados de cancelar, los incrementos salariales, descansos obligatorios, recargos por haber laborado en días festivos, horas extras diurnas y nocturnas, cesantías e intereses a las cesantías, auxilio de transporte, subsidio familiar, vacaciones, primas legales y convencionales, indemnización moratoria por la consignación inoportuna del auxilio de cesantía anualmente liquidado y de las prestaciones sociales, recargos nocturnos y dominicales, indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa y pago de los aportes a la seguridad social (salud, pensión y riesgos profesionales) que debió sufragar en su totalidad y no en los porcentajes que le correspondían, con indexación.

Aunado a ello, solicitó que le fueran cancelados los salarios dejados de percibir desde la fecha de desvinculación – 12 de noviembre de 2013- junto con sus respectivas prestaciones hasta el día en que fuera reintegrada. Además, deprecó que se le devolvieran las sumas que canceló y le fueron retenidas, durante el tiempo que estuvo vinculada al SENA por concepto de aportes a seguridad social (salud, pensión y afiliación a ARP); garantía única por compañía de seguros equivalente al 10% del contrato y retención en la fuente. Por último, pidió que se reconocieran los respectivos intereses moratorios de las sumas reclamadas, junto con la indemnización conforme al IPC.

La entidad demandada, mediante Oficio No. 2-2016-001311 del 05 de mayo de 2016⁷², dio contestación a dicha petición, informando que los contratos de prestación de servicios suscritos se rigieron por la Ley 80 de 1993, por lo que, debido a la naturaleza de estos, resultaba evidente que no había existido relación laboral entre las partes, de ahí que no era posible acceder a la solicitud.

⁷¹ Folios 31-34; cuaderno 1 de primera instancia. Páginas 34-37 (01).

⁷² Folios 35-37; cuaderno 1 de primera instancia, P. 38-40 (1).

También aparece demostrado en el plenario, que la actora suscribió los contratos de prestación de servicios que a continuación se relacionan:

OPS / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	OBJETO CONTRACTUAL	PERIODO CONTRATADO	PLAZO	Folios Cuaderno/ Anexo
Orden de trabajo No. 019 del 17 de mayo de 2007	Impartir formación profesional en Marroquinería y Calzado	28 de mayo de 2007 ⁷³ - 15 de diciembre de 2007	300 horas, sin exceder el 15 de diciembre de 2007	Folio 43; C. 1; P. 46 (01) ⁷⁴ .
Orden de trabajo No. 093 del 05 de septiembre de 2007	Impartir 300 horas de formación profesional para dictar el bloque modular de marroquinería y calzado.	11 de septiembre de 2007 ⁷⁵ - 15 de diciembre de 2007	Una vez aprobada la póliza y acta de inicio, hasta el 15 de diciembre de 2007.	Folio 78; C. 1; P. 81 (01).
Adición No. 01 a la orden de trabajo 093 del 05 de septiembre de 2007	Adicionar 200 horas para dictar el bloque modular de Marroquinería y calzado.	NA	NA ⁷⁶	Folio 80; C.1; P. 83 (01).
Sin contrato: 20 de diciembre de 2007 hasta al 24 de marzo de 2008				
Contrato No. 040 del 13 de marzo de 2008	Prestación de servicios personales, como Instructor Contratista, impartiendo 450 horas de formación profesional integral con enfoque en construcción de competencias, emprendimiento y empresarismo en la especialidad de marroquinería y calzado, bajo los procedimientos del Sistema de Gestión de Calidad.	25 de marzo de 2008 ⁷⁷ -30 de junio de 2008.	Hasta el 30 de junio de 2008 o hasta agotar presupuesto, lo que primero suceda, desde la aprobación de garantía y suscripción del acta de iniciación, previo cumplimiento de requisitos de perfeccionamiento y legalización.	Folios 99-101; C.1. P. 102-104 (01).
Adición No. 01 al Contrato No. 040 del 13 de marzo de 2008	Adición de 225 horas para dictar el programa de ZAPATERIA	Hasta 30 de agosto de 2008	2 meses más ⁷⁸	Folio 103; C. 1. P. 106 (01).
Sin contrato: 31 de agosto al 22 de septiembre de 2008				
Contrato No. 135 del 22 de septiembre de 2008	Prestación de servicios personales como instructor contratista, impartiendo 360 horas de formación profesional integral en la especialidad de calzado en el curso calzado, bajo los procedimientos del Sistema de Gestión de Calidad.	23 de septiembre de 2008 ⁷⁹ -30 de diciembre de 2008	Hasta el 30 de diciembre de 2008, contado a partir de la fecha de aprobación de la garantía y suscripción del acta de iniciación, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y legalización.	Folios 123 a 125; C. 1. P. 127-129 (01).
Sin contrato: 31 de diciembre de 2008 hasta 05 de febrero de 2009				
Contrato No. 021 del 06 de febrero de 2009	Prestación de servicios personales como instructor (a) contratista, impartiendo formación profesional integral en el programa de manufactura del cuero	06 de febrero de 2009 ⁸⁰ al 24 de diciembre de 2009	Hasta agotar presupuesto con fecha límite de ejecución del contrato del 24 de diciembre de 2009, contados a partir de la	Folios 141-143; C. 1. P. 145-147 (01).

⁷³ Folio 44; cuaderno 1 de primera instancia. P. 47 (1).

⁷⁴ En razón a que la orden de trabajo resulta casi ilegible, la información consignada atiende también a lo señalado a folios 38 y 44, C. 1 de primera instancia (P. 41 y 47 (01)).

⁷⁵ Folio 79; cuaderno 1 de primera instancia. P. 82 (1).

⁷⁶ No se advierte adición al plazo de ejecución. Ello guarda armonía con el paz y salvo obrante a folio 81, C.1 (P. 84 (01)).

⁷⁷ Folio 102; Cuaderno 1 de primera instancia. P. 105 (01).

⁷⁸ Si bien este periodo no fue consignado específicamente en la modificación introducida por la adición contractual, sí se encuentra dentro de sus consideraciones, y está en consonancia con el paz y salvo de 30 de agosto de 2008 (Folio 104; C1. P. 107 (01)).

⁷⁹ Folio 126; cuaderno 1 de primera instancia. P. 130 (01).

⁸⁰ Folio 144; cuaderno 1 de primera instancia. P. 148 (01).

	modulo elaboración de calzado, bajo los procedimientos del Sistema de Gestión de Calidad.		fecha de aprobación de la garantía y suscripción del acta de iniciación, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y legalización.	
Sin contrato: 25 de diciembre de 2009 hasta el 01 de febrero de 2010				
Contrato No. 101 del 27 de enero de 2010	Prestación de servicios personales como Instructor Contratista, impartiendo formación Profesional Integral en Producción de Calzado, bajo los procedimientos del Sistema de Gestión de Calidad.	02 de febrero de 2010 ⁸¹ - 21 de octubre de 2010	Ocho meses y veinte días, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, previa aprobación de la garantía única y cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y legalización.	Folios 172-175; C. 1. P. 176-179 (01).
Acta de adición al Contrato. No. 101 del 27 de enero de 2010	Adición contractual	Hasta el 13 de diciembre de 2010	1 mes y 22 días	Folio 176; C. 1. P. 180 (01).
Sin contrato: 14 de diciembre de 2010 hasta el 24 de marzo de 2011				
Contrato No. 316 del 22 de marzo de 2011	Prestación de servicios personales como instructor contratista para desarrollar acciones de formación integral en el nivel titulada, especialización complementaria y virtual con enfoque en competencias laborales en la especialidad de producción de calzado, bajo los procedimientos del Sistema de Gestión de Calidad, en los municipios de su jurisdicción ⁸² .	25 de marzo de 2011 ⁸³ a 30 de junio de 2011	3 meses y 8 días, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación, previos requisitos de perfeccionamiento y legalización, el plazo no podrá exceder del 30 de junio de 2011	Folios 177-179; C. 1. P. 181- 183 (01).
Sin contrato: 01 de julio de 2011 hasta el 28 de agosto de 2011				
Contrato No. 791 del 22 de agosto de 2011	Instructor contratista para desarrollar acciones de formación profesional integral en el nivel titulada, especialización complementaria y virtual con enfoque en competencias laborales en la especialidad de producción de calzado, bajo los procedimientos del Sistema de Gestión de Calidad, en los municipios de su jurisdicción ⁸⁴ .	29 de agosto de 2011 al 15 de diciembre de 2011 ⁸⁵	03 meses y 23 días, contados a partir de la fecha de inicio del contrato, sin exceder el 15 de diciembre de 2011 ⁸⁶ .	Folios 181 a 185; C. 1. P. 185-189 (01).
Sin contrato: 16 de diciembre de 2011 hasta el 21 de febrero de 2012				
Contrato No. 156 del 27 de enero de 2012	Prestar servicios personales de carácter temporal para desarrollar acciones de Formación Profesional Integral en el nivel tecnólogo, técnico, especialización, complementaria y virtual con enfoque en competencias laborales en la especialidad de producción de calzado.	22 de febrero de 2012 ⁸⁷ al 04 de julio de 2012	Cuatro (4) meses y quince (15) días, sin exceder del 04 de julio de 2012, desde el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución.	Folio 187 a 191; C. 1. P. 191-195 (01).

⁸¹ Folio 176; cuaderno 1 de primera instancia. P. 180 (01).

⁸² Conforme al acta de inicio del contrato, en razón a que no se allegó la primera parte del contrato de prestación de servicios (Folio 180; cuaderno 1 de primera instancia. P. 184 (01)).

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Conforme al acta de inicio del contrato.

⁸⁵ Folio 186; cuaderno 1 de primera instancia. P. 190 (01).

⁸⁶ Conforme a la certificación del 25 de abril de 2016 (Folio 39; C.1. P. 42 (01)).

⁸⁷ Folio 192; cuaderno 1 de primera instancia. P. 196 (01).

Contrato No. 692 del 13 de julio de 2012	Prestación de servicios personales de carácter temporal, para desarrollar acciones de Formación Profesional integral en el nivel Titulada y Complementaria en la especialidad de Calzado.	01 de agosto de 2012 ⁸⁸ al 30 de noviembre del 2012 ⁸⁹	Cuatro (4) meses, sin exceder del 15 de diciembre de 2012, desde el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución.	Folios 194-197; C1. P. 198-201 (01).
Sin contrato: 01 de diciembre de 2012 hasta el 31 de enero de 2013				
Contrato No. 0139 del 29 de enero de 2013	Contratar la prestación de servicios personales de carácter temporal, de un (1) instructor para desarrollar acciones de Formación Profesional Integral en el nivel auxiliar, técnico, tecnólogo y especializaciones técnicas en la especialidad de Producción de Calzado.	01 de febrero de 2013 al 12 de noviembre de 2013 ⁹⁰	9 meses y 15 días, sin exceder del 15 de diciembre de 2013, desde el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento, ejecución y legalización.	Folios 200 a 203; C.1. P. 204-207 (01).

Frente a ello, deben realizarse las siguientes precisiones:

Primero, si bien se allegaron algunos paz y salvos⁹¹, unos suscritos con fechas anteriores a las estimadas para la terminación de los contratos, las mismas no fueron acogidas como fecha de finalización de los periodos en este asunto, en razón a que no se trataban de actas de terminación contractual o documentos similares (v.g: liquidaciones), sin perjuicio, de que su contenido hubiera podido aclarar algunos de dichos periodos, conforme se expuso previamente.

Segundo, la sala observa que el 19 de diciembre de 2007, la Directora Regional (E) del SENA dirigió una comunicación a la señora SANDRA MARINA PATIÑO, en su calidad de Instructora Contratista, informándole que había sido designada como apoyo técnico para la supervisión del proceso de adquisición y entrega de la dotación de diferentes elementos⁹².

Es así como aun cuando el primer periodo contractual debió ser hasta el 15 de diciembre de 2007, a partir de las documentales descritas se puede observar la permanencia en el servicio de la actora al menos hasta el 19 de diciembre de 2007. Por el contrario, no obra soporte que acredite la referida permanencia en el servicio en los siguientes periodos: desde el 20 de diciembre de 2007 hasta al 24 de marzo de 2008; desde el 31 de agosto al 22 de septiembre de 2008; desde el 31 de diciembre de 2008 hasta 05 de febrero de 2009; desde el 25 de diciembre de 2009 hasta el 01 de febrero de 2010; desde el 14 de diciembre de 2010 hasta el 24 de marzo de 2011; desde el 01

⁸⁸ Folio 198; cuaderno 1 de primera instancia. P. 202 (01).

⁸⁹ A pesar de que la fecha máxima estipulada en el contrato fue el 15 de diciembre de 2012, en el acta de inicio, los cuatro meses fueron fijados hasta el 30 de noviembre de 2012.

⁹⁰ Folio 204; cuaderno 1 de primera instancia. P. 208 (01).

Aun cuando las partes acordaron un término de ejecución de 9 meses y 15 días, el plazo de ejecución señalado en el acta de inicio es inferior por tres (3) días.

⁹¹ Ver por ejemplo: Folio 81; C. 1 de 1ra instancia. P. 84 (01).

⁹² Folios 222-223; C. 1 de 1ra instancia. P. 227-228 (01).

de julio de 2011 hasta el 28 de agosto de 2011; desde el 16 de diciembre de 2011 hasta el 21 de febrero de 2012; y desde el 01 de diciembre de 2012 hasta el 31 de enero de 2013.

De manera que, obran espacios de casi un (1) mes y cerca de más de tres (3) meses entre los contratos u órdenes de prestación de servicios. Por tanto, se entiende que las interrupciones que se dieron conllevan a declarar la existencia de solución de continuidad en el tiempo laborado por la señora SANDRA MARINA PATIÑO SANABRIA para la entidad demandada.

Frente a este punto, debe tenerse en cuenta que el artículo 10 del Decreto 1045 de 1978 consagra el término de quince (15) días como el tiempo para considerar que ha operado la solución de continuidad, contado este, a partir de la terminación de un contrato de prestación de servicios hasta la celebración de uno nuevo, es decir, según esta disposición, al transcurrir 15 días sin celebrar una nueva OPS la continuidad en el servicio se interrumpe, lo cual indica que, al momento de suscribirse un nuevo contrato se generaría una nueva relación laboral, salvo en los eventos en los que de acuerdo al material probatorio aportado se pueda evidenciar que él o la contratista prestó sus servicios sin la previa suscripción de un contrato.

Sobre el asunto, el Consejo de Estado en sentencia del 23 de junio de 2016⁹³, manifestó:

" (...) No sucede lo mismo con los contratos 070 de 2005, 020 de 2006 y 029 de 2007, por cuanto entre la finalización de este último (8 de enero de 2008) y la celebración del siguiente, identificado con el No. 25 de 2008 (1 de febrero de 2008), hubo solución de continuidad⁹⁴ por presentarse una interrupción del servicio superior a 15 días hábiles, circunstancia que implicaba que el actor dentro del término de prescripción trienal (hasta el 8 de enero de 2011) debía agotar la vía gubernativa para efectos de reclamar el reconocimiento de los derechos prestacionales generados de los contratos previamente citados y así evitar la prescripción trienal del derecho. (...)".

Nótese que entre el 04 de julio de 2012, fecha de finalización del contrato No. 156 del 27 de enero de 2012, y el Contrato No. 692 del 13 de julio de 2012 no es dable considerar que hubo solución de continuidad, en tanto no pasaron más de quince (15) días entre la terminación de un contrato de prestación de servicios y la celebración de uno nuevo, a pesar de que ello sí ocurrió en relación con los periodos contratados (desde el 04 de julio hasta el 01 de agosto de 2012).

En suma, la sala extrae que la demandante estuvo vinculada al SENA, como instructora de la especialidad de calzado, en los siguientes periodos con solución de continuidad:

⁹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 23 de junio de 2016, Expediente No. 0881-14, Magistrado Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.

⁹⁴ El el Decreto 1045 de 1978 señala: "Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad".

- 28 de mayo hasta el 19 de diciembre de 2007
- 25 de marzo hasta el 30 de agosto de 2008
- 23 de septiembre al 30 de diciembre de 2008
- 06 de febrero de 2009 hasta el 24 de diciembre de 2009
- 02 de febrero de 2010 hasta el 13 de diciembre de 2010
- 25 de marzo de 2011 hasta el 30 de junio de 2011
- 29 de agosto de 2011 hasta el 15 de diciembre de 2011
- 22 de febrero de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2012
- 01 de febrero de 2013 hasta el 12 de noviembre de 2013

En esta medida, se encuentra acreditada la prestación personal del servicio de la demandante como instructora en el SENA, por los periodos antes indicados, conforme a las órdenes y contratos de prestación de servicios allegados en sede de primera instancia.

De otro lado, frente al segundo de los elementos, es decir, **la contraprestación**, se advierte que, en los aludidos contratos y órdenes de prestación de servicio, se pactaron valores que diferían, en la medida en que no todos se hicieron por el mismo término. La sala entiende que estos valores fueron cancelados, puesto que en las pretensiones de la demanda no se manifiesta que ello no hubiera ocurrido, todo lo contrario, en el escrito inicial se afirmó que la actora recibió como remuneración la suma pactada. Por ende, se concluye sobre este punto que la señora PATIÑO SANABRIA, recibía dinero como contraprestación por la ejecución de las labores encomendadas.

Por último, con respecto a la **dependencia o subordinación**, se pasan a analizar los elementos probatorios que reposan en el expediente. Recuérdese que se trata de una exigencia sin la cual no puede establecerse que entre las partes surgió una relación laboral, pues como se mencionó en el marco teórico, este es el requisito fundamental que diferencia un vínculo laboral de uno contractual, ya que ambos por regla general coinciden en los dos (2) primeros elementos: prestación personal del servicio y contraprestación.

Así pues, dentro de las documentales aportadas se resaltan las siguientes:

- Certificación de 03 de mayo de 2016⁹⁵ del Coordinador del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto del SENA sobre los conceptos de pago a que tiene derecho un instructor vinculado en carrera administrativa o mediante nombramiento provisional en la Regional Meta.
- Copia del Decreto No. 1011 de 2013⁹⁶; *"por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA y se dictan otras disposiciones en materia salarial."*

⁹⁵ Folio 41; cuaderno 1 de primera instancia. P. 44 (01).

⁹⁶ Folios 45-48; cuaderno 1 de primera instancia. P. 48-51 (01).

- La actora allegó distintos informes de alumnos certificados y/o novedades de grupo⁹⁷, reportes mensuales⁹⁸, cuadros de control diario de clases contratistas-docentes⁹⁹, registros de inasistencia por módulos¹⁰⁰ y reportes individuales de deserción¹⁰¹ y acta de deserción y/o cancelación¹⁰²; listado de evaluaciones definitivas y/o parciales de alumnos participantes en cursos especiales¹⁰³.
- Allegó un llamado de atención que realizó la instructora a un grupo de aprendices por la pérdida continua de materia prima¹⁰⁴.
- Soportes de pedido de materiales de consumo¹⁰⁵.
- Autorización de salida de instrumentos del SENA a cargo de la demandante¹⁰⁶.
- Memorando dirigido a instructores de planta y de contrato del SENA Regional Meta del Coordinador de Formación Profesional sobre el cierre del Sistema de Gestión Académica para el año 2008, por lo que se fijaron fechas para el cumplimiento de distintas labores. En el mismo memorando se indica que: *"No atender este requerimiento e incumplir los plazos establecidos generará las amonestaciones y sanciones del caso."*¹⁰⁷.
- Memorando de la Subdirectora del Centro de Industria y Servicios del Meta¹⁰⁸, dirigido a los instructores de planta y contratistas, en el que se convocaba a una capacitación a cargo del grupo de Gestión de Calidad.
- Memorando del 28 de abril de 2008¹⁰⁹ del Coordinador Académico de Industria, dirigido a los instructores de industria en el que recordaba el plazo máximo para la entrega de solicitud de elementos para el año de 2008, aclarando que debía relacionarse de acuerdo con el formato de gestión de calidad.

⁹⁷ Folios 49, 50, 82, 83, 110; cuaderno 1 de primera instancia. Respectivamente páginas: 52, 53, 85, 113 (01).

⁹⁸ Folios 51, 69, 70, 71, 72, 86, 89, 93, 114, 116, 118, 120, 122, 135, 137, 140, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165; cuaderno 1 de primera instancia.

Respectivamente páginas: 54, 72-75, 89, 96, 118, 120, 122, 124, 139, 141, 144, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169 (01).

⁹⁹ Folios 52, 53, 54, 55, 56, 57, 87, 90, 94, 96, 113, 115, 117, 119, 121, 136, 138, 139, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153; cuaderno 1 de primera instancia.

Respectivamente páginas: 55, 56, 57, 58, 59, 60, 90, 93, 97, 99, 117, 119, 123, 125, 140, 142, 143, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156 y 157 (01).

¹⁰⁰ Folios 58; 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 88, 91, 95, 107, 111, 129; cuaderno 1 de primera instancia.

Respectivamente páginas: 61-71, 91, 94, 98, 110, 115, 133 (01).

¹⁰¹ Folios 73, 74, 75; cuaderno 1 de primera instancia. Páginas 76-78 (01).

¹⁰² Folios 76, 77, 92, 97, 98, 105, 109, 112, 130, 131; cuaderno 1 de primera instancia.

Respectivamente: Páginas 79, 80, 95, 100, 101, 108, 113, 116, 134, 135 (01).

¹⁰³ Folios 84, 85, 106, 128, 132, 133, 134, 166, 167, 168, 169, 170; cuaderno 1 de primera instancia.

Respectivamente páginas: 87, 88, 109, 132, 136, 137, 138, 170, 171, 172, 173, 174 (01).

¹⁰⁴ Folio 108, cuaderno 1 de primera instancia. P. 111 (01).

¹⁰⁵ Folios 171 y 230; cuaderno 1 de primera instancia. P. 175 y 235 (01).

¹⁰⁶ Folio 207, 208, 231, 232 y 233; cuaderno 1 de primera instancia. Páginas 211, 212, 236, 237, 238 (01).

¹⁰⁷ Folio 210; cuaderno 1 de primera instancia. P. 214 (01).

¹⁰⁸ Folio 212; cuaderno 1 de primera instancia. P. 216 (01).

¹⁰⁹ Folio 213; cuaderno 1 de primera instancia. P. 217 (01).

- Memorando del 18 de abril de 2008¹¹⁰, del Coordinador Académico Industria del SENA Regional Meta en el que autorizaba a la instructora a retirar unos elementos que eran de su propiedad, así como autorización de 29 de noviembre de 2007¹¹¹, en similar sentido.

En consonancia, se observa informe suscrito por la actora en el que relaciona herramienta de su propiedad que fue ingresada al SENA para mejorar el proceso de formación¹¹² y una solicitud fechada el 28 de noviembre de 2007¹¹³ en el que pide autorización para retirar unas máquinas. Idéntica solicitud se observa para retirar máquinas, herramienta y equipos¹¹⁴.

- Comunicación del 28 de marzo del 2008¹¹⁵, dirigida por el Coordinador de formación profesional, a la actora, con asunto aprobación para ejecución de 450 horas de formación en Marroquinería y Calzado primer semestre año 2008, en el cual se indica lo siguiente:

"(...) Respetada Instructora, por medio del presente oficio solicito la ejecución de 450 horas de formación, según contrato número 040, del 13 de marzo de 2008, en producción de calzado por niveles, empezando formación según acta de inicio del 25 de marzo del 2008, el 01 de abril del año en curso, con una intensidad horaria máxima de 150 horas mensuales, con los grupos fundaset de la siguiente manera:

- ❖ **Grupo 7136 del año pasado el cual fue básico, empezar nivel 1, de 150 horas de formación**
- ❖ **Grupo 7137 del año pasado empezar nivel 3 de 250 horas y las 50 horas que quedaron pendientes finalizando año en formación básico diseño y modelaje de calzado.**

Teniendo en cuenta el convenio FUNDASET-SENA, el cual apoya 25 familias en condición de desplazamiento, que se propende por mejorara [sic] su calidad de vida, mediante una capacitación técnica impartida por el SENA y con el apoyo complementario de FUNDASET aportando en beneficio de este proceso, la materia prima, herramienta manual y capital semilla para la creación de cada una de estas veinticinco (25) empresas. (...)" (Negrillas en el texto, subrayas por la sala).

- Solicitud de apoyo técnico¹¹⁶ de la Directora Regional (E) del SENA a la actora, en calidad de instructora contratista. Esto para la supervisión de los procesos de adquisición y entrega de la dotación de ropa de trabajo y elementos de seguridad industrial de los servidores públicos de la Regional en ciertas órdenes de compra.
- Memorando dirigido, entre otros, a la actora por la Directora Regional (E) en el que se indica:

"(...) Con el fin de realizar la evaluación técnica del Proceso de Dotación para la vigencia 2007 de los empleados públicos y trabajadores oficiales de la Regional, para los elementos de ropa de trabajo, calzado y botas de seguridad industrial, según convocatoria Pública DRM-004 DE 2007, comedidamente me permito citarlos a la oficina de contratación del Grupo de Apoyo Administrativo el 25 de octubre de 2007, a las 10 horas. (...)"¹¹⁷.

¹¹⁰ Folio 214; cuaderno 1 de primera instancia. P. 218 (01).

¹¹¹ Folio 215; cuaderno 1 de primera instancia. P. 219 (01).

¹¹² Folios 216-218; cuaderno 1 de primera instancia. P. 221-223 (01).

¹¹³ Folio 219; cuaderno 1 de primera instancia. P. 224 (01).

¹¹⁴ Folios 227-229; cuaderno 1 de primera instancia. P. 232-234 (01).

¹¹⁵ Folios 221; cuaderno 1 de primera instancia. P. 226 (01).

¹¹⁶ Folios 222 y 223; cuaderno 1 de primera instancia. P. 227-228 (01).

¹¹⁷ Folio 224; cuaderno 1 de primera instancia. P. 229 (01).

- Memorando del Coordinador Académico de Industria dirigido a la Portería del SENA y a los instructores dando instrucciones para entrar a las instalaciones del SENA, de acuerdo a las normas de seguridad¹¹⁸.
- Solicitud de la actora dirigida a la Coordinación de formación profesional para ingresar en cualquier momento a un aula de la entidad¹¹⁹, por cuanto la maquinaria, herramienta y equipos ubicados allí, eran de su propiedad y necesitaba disponer de ellos.
- Acta de Comité de Evaluación de Menor Cuantía del Centro Multisectorial Villavicencio del 04 de diciembre de 2007¹²⁰.
- Acta de recibo de pedido de 2007, en el que la instructora figura como apoyo técnico¹²¹.
- Mediante escrito del 23 de noviembre de 2007¹²², con recibido del 29 de dicho mes y año, dirigido al supervisor de instructores del SENA-Regional Meta, la actora presentó excusas por no haber presentado el reporte de horas en la fecha solicitada por la entidad al tener incapacidad médica.

Además, en audiencia de pruebas del 12 de octubre de 2017¹²³, se recibió el testimonio del señor HANS AUGUST BRACHHOLZ SCHWENK (desde Min: 06:52)¹²⁴, quien laboró para el SENA, desde abril de 1977 hasta febrero de 2010, como instructor y ejerció cargos directivos -coordinador académico, misional, jefe de centro, subdirector de centro y secretario regional-.

Expuso que la demandante fue vinculada al SENA ante la necesidad de servicio por la solicitud de una comunidad que requirió capacitación en el área de calzado y marroquinería. Explicó que se generó la necesidad de prestar dicho servicio, por lo que se contrató a la actora quien además de su conocimiento, puso a disposición del SENA buena parte de la maquinaria de su propiedad para desarrollar la formación en mención. Adujo que dicha necesidad se planteó en 2006 y se ejecutó desde ese año y 2007 y se seguía ofreciendo a la fecha. Agregó que la necesidad también se generaba desde el sector oficial: INPEC.

Manifestó que ejercía coordinación o supervisión sobre las actividades desarrolladas por la actora, siendo la vinculación de ésta por contratos de prestación de servicios, asignándosele una tarea específica en un lugar determinado de acuerdo con lo concertado con la comunidad.

Adujo que las funciones ejercidas por la actora eran las mismas que las del personal de planta del SENA, en tanto la función de la entidad corresponde a impartir

¹¹⁸ Folio 234; cuaderno 1 de primera instancia. P. 239 (01).

¹¹⁹ Folio 235; cuaderno 1 de primera instancia. P. 240 (01).

¹²⁰ Folios 236-238; cuaderno 1 de primera instancia. P. 241-243 (01).

¹²¹ Folio 239; cuaderno 1 de primera instancia. P. 244 (01).

¹²² Folio 242; cuaderno 1 de primera instancia. P. 247 (01).

¹²³ Folios 329-330; cuaderno 2 de primera instancia. P. 88-91 (02).

¹²⁴ CD, folio 331; cuaderno 2 de primera instancia. P. 92 (02).

formación profesional integral de acuerdo con las demandas sectoriales, haciendo lo que no puede hacer con su personal de planta, a través del personal contratado. Aclaró que las funciones de la actora partían de un plan operativo anual, asimismo que existían tres (3) o cuatro (4) coordinadores académicos que se encargaban de desarrollarlo. Así, no podía el docente a *motu proprio* actuar, en tanto debía ajustarse a una programación muy estricta.

Señaló que la actora estaba sujeta a órdenes, por cuanto se trataba de una labor compleja de realizar, y se le entregaba a la persona contratada la información exacta – presentarse a determinado ambiente de formación, con un horario específico y grupo hasta determinada fecha-, sin que pudiera ser otro escenario, puesto que existía una planeación específica.

Otras órdenes que se le daban era, por ejemplo, indicar que debía tener paciencia a la población objeto de estudio, o atendiendo a que la misma se encontraba vinculada al sector productivo, se le solicitaba que les ayudara a que se pudieran vincular.

Expone que, inclusive tuvieron una actividad cultural a nivel de funcionarios del SENA, en la que le pedían que hicieran detalles para la gente, por lo que reunió a todos los empleados -planta y contrato- para que produjeran algunas cosas, así la actora elaboró llaveros muy bonitos que fueron reconocidos.

Aclara que todas las actividades se orientaban, que considera que es lo mismo que ordenar. No había posibilidad de que el docente se negara, siendo la única manera anotarlos y no volverlos a contratar.

Explicó que atendiendo al grupo de población específica -desplazado-, la instructora recibió capacitación especial por un grupo interdisciplinario del SENA, compuesto por trabajadoras sociales y psicólogos que tenían relación directa con la oficina de víctimas. Además, había una oficina en la gobernación que los citaba para que aprendieran a relacionarse con la población, por lo que se solicitaba a la actora asistir al proceso de formación para que tuviera el conocimiento para atender a la población.

Agregó que inclusive era más estricto el control sobre los contratistas que con los empleados de planta. Ello debido a una animadversión de los de planta. Expuso que era casi imposible sancionar a un empleado de planta por incumplir su horario, mientras que con los contratistas se verificaba con los aprendices u otros coordinadores hacían firmar hora de entrada y salida del docente por parte de un vocero.

Afirmó que la actora debía pedir permiso para ausentarse del trabajo, porque tenía un horario asignado, debiendo informarlo por ética y por vocación. Expuso que los empleados de planta laboraban en horario de oficina, mientras que los contratistas todo

el tiempo, siendo que por regla se programaba a los de planta dentro del horario diurno para no generar recargos.

Explicó que existían capacitaciones permanentes -contabilidad, por ejemplo - y otras temporales que fueron surgiendo.

El señor JOSÉ WILLIAM LÓPEZ MORERA (Desde Min: 01:00:22), quien conoció a la actora en el SENA, estando vinculado a la institución desde 1999 en el departamento del Vichada, mediante contratos. Luego, laboró en San José del Guaviare, en las mismas actividades que las de un docente de planta. Las actividades las ejerció también en Villavicencio y en los municipios del Departamento del Meta. No recuerda la fecha en que conoció a la actora. Señala que las funciones que ésta desempeñaba eran las de impartir formación profesional integral en la parte teórica y práctica, teniendo que cumplir horario, como todos los que trabajan para el SENA -sea en la mañana, tarde o noche-.

Adujo que él se encontraba en los pasillos con la actora en la sede de Villavicencio cuando ingresaba a su aula. Para ausentarse del trabajo tenía que pedir permiso porque hasta memorando se hacía. Las pautas para distribuir las cargas académicas eran dadas por el Subdirector a los coordinadores, así estos se encargaban de asignar sitio y horas. Expuso que los diseños curriculares eran entregados en cada curso o formación a hacer por el coordinador académico, el supervisor, o el subdirector.

Añadió que la actora estaba sujeta a cumplir horarios, diseños curriculares. Señaló que, en caso de no asistir a la jornada académica, el contratista era objeto de memorandos o llamados de atención, siendo que él recibió uno por haber llegado tarde.

En este punto, recuérdese que uno de los principales argumentos de la apelación consistió en manifestar que la parte actora no cumplió suficientemente con la carga de la prueba que le correspondía de acreditar los elementos de la relación laboral, especialmente la subordinación, bajo las siguientes consideraciones: no existía orden de la que se extrajera la imposición de mandatos de ineludible cumplimiento, memorandos, llamados de atención, entre otros; no podía confundirse la coordinación propia de los contratos de prestación de servicios con la subordinación; únicamente se allegó actas de control diario de clases del año 2007 al año 2009, pero no para los años 2010 a 2013; los horarios eran establecidos por la accionante; y los programas académicos y exámenes tenían autonomía en su diseño y ejecución.

Empero, contrario a lo señalado por la parte demandada, la sala plena considera que se cuentan con los suficientes elementos de juicio para determinar que la relación contractual en mención se desdibujó en una verdadera relación laboral, por lo siguiente:

Primero, si bien no se allegó soporte documental que diera cuenta del horario del SENA Regional Meta y lo que se afirmó testimonialmente es que correspondía a horario de oficina, en algunos de los contratos de prestación de servicios se consignó que las obligaciones debían ejecutarse en el lugar y horario establecido por el SENA, a saber: Contrato No. 135 del 22 de septiembre de 2008; Contrato No. 021 del 06 de febrero de 2009; y Contrato No. 101 del 27 de enero de 2010. Además, lo indicado se acompasa con lo manifestado en las declaraciones recibidas.

En adición, nótese que el señor WILLIAM LÓPEZ MORERA expuso que en calidad de instructor del SENA recibió un llamado de atención por haber llegado tarde a una clase, y a pesar de que se trata de su situación personal y no la de la demandante en este proceso, tal afirmación permite inferir que el horario de trabajo establecido por el SENA, según atrás se indicó en algunos contratos de la demandante, debía cumplirse, puesto que se aplicaban medidas en caso de no hacerlo. No obstante, este no es el principal aspecto a partir del que se concluya la subordinación para este asunto, recuérdese que *prima facie* el cumplimiento de determinados horarios no puede tomarse como una situación de la que se deriva directamente la subordinación del contratista al contratante, pues se puede llegar a un acuerdo entre las partes para que las actividades contratadas sean ejecutadas en determinados días y horas.

Segundo, obsérvese que a la demandante se le solicitó apoyo técnico en la supervisión de unos procesos de adquisición y entrega de dotación; además, fue citada a asistir a reuniones por este objeto; así mismo hizo parte de un comité de evaluación contractual y suscribió recepción de elementos como apoyo técnico. Al respecto, resulta evidente que estas actividades no guardan relación con los objetos contractuales celebrados. De ahí que no pueda argumentarse que el cumplimiento de las mismas se dio en la observancia propia de la coordinación de las partes. Por el contrario, al tratarse de actividades por fuera del objeto contractual, puede considerarse que el cumplimiento de las mismas se dio al seguir una orden o instrucción en estricto sentido, con lo que se desdibuja la relación contractual.

Tercero, en la comunicación del 28 de marzo de 2008, el Coordinador de formación profesional le indica a la actora el nivel bajo el cual dictará las horas y los grupos específicos, de donde se extrae que sí se le daban directrices a la demandante para el cumplimiento de sus funciones.

Cuarto, los testimonios son consistentes en argumentar el cumplimiento de un horario de trabajo, y la falta de autonomía para realizar la planeación académica y ejecución de las actividades contractuales. En este punto, se resalta el testimonio calificado del señor BRACHHOLZ SCHWENK, quien fungió incluso como directivo del SENA REGIONAL META, durante parte del periodo en que la actora laboró para la demandada, testigo que manifestó que la actora debió asistir a unas capacitaciones especiales debido a la población a la que iba dirigido el curso a dictar.

Quinto, la demandante puso a disposición del SENA distintos implementos para trabajar (máquinas y demás). No obstante, también se observan órdenes de compra por la institución. En todo caso, desdibuja un ejercicio independiente de la labor el que la actora tuviera que pedir permiso porque no contaba con elementos personales de trabajo, ya que los había prestado a la parte demandada. Ahora, en la declaración del señor HANS AUGUST BRACHHOLZ SCHWENK pareciera indicar que la actora hacía parte del sector productivo, no obstante, no se hizo mayor descripción ni tampoco fue objeto de interrogatorio por las partes, de ahí que no pueda la sala considerar por esta afirmación, que la demandante percibía otros ingresos o desarrollara otras labores con otras instituciones o de manera independiente, en tanto la declaración se queda huérfana en este aspecto.

Sexto, se entiende configurada la permanencia en el servicio de la actividad llevada a cabo por la actora, la cual para su configuración requiere que la labor desarrollada sea inherente a la entidad y que exista similitud o igualdad en las funciones de otros empleados de planta. Esto por cuanto, conforme al artículo 2 de la Ley 119 de 1994, la misión de la entidad corresponde a: *"(...) cumplir la función que corresponde al Estado de invertir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores colombianos; ofreciendo y ejecutando la formación profesional integral, para la incorporación y el desarrollo de las personas en actividades productivas que contribuyan al desarrollo social, económico y tecnológico del país."*

Conforme a la Certificación de 03 de mayo de 2016¹²⁵ del Coordinador del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto del SENA sobre los conceptos de pago a que tiene derecho un instructor vinculado en carrera administrativa o mediante nombramiento provisional en la Regional Meta, se extrae que el cargo existe dentro de la planta de personal de la entidad. Ahora bien, de acuerdo con las testimoniales recibidas, las funciones de la instructora de planta, comparadas con las de un instructor contratista son las mismas.

La parte recurrente reprocha en este punto que se asimile a la actora a un empleado del personal de planta, al no haber traído prueba solemne para este efecto, es decir, el defecto que advierte la recurrente es el de la conducencia¹²⁶ del mismo, por cuanto se entiende que exige que se hubiera allegado el manual de funciones o prueba documental. Sobre ello, la sala resalta nuevamente que el testimonio del señor BRACHHOLZ SCHWENK resulta calificado por su calidad de personal directivo de la institución.

¹²⁵ Folio 41; cuaderno 1 de primera instancia. P. 44 (01).

¹²⁶ La doctrina ha explicado este requisito extrínseco de la prueba, así:

"(...) Este requisito se refiere a que el medio de prueba utilizado para demostrar un hecho determinado sea susceptible de probarlo. Así, por ejemplo, para demostrar la existencia de un contrato de compraventa de bien inmueble, la única prueba válida es la escritura pública. Si para la celebración del mencionado contrato, se solicita el decreto de otro medio probatorio (V. gr., un testimonio), la prueba deberá ser rechazada. (...)"

Giacomette Ferrer, A. Z. (2017). Teoría general de la prueba : concordada con el Código General del Proceso y soporte jurisprudenciales (Cuarta edición). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, pág. 201-202.

Ante lo anterior, la sala no descartará el requisito de la permanencia para efectos de determinar la subordinación en el asunto, por cuanto los testimonios, siendo uno calificado, permiten inferir que existió similitud de funciones. Aún más, en gracia de discusión, obsérvese que el Consejo de Estado ha acudido al reglamento interno de la entidad al estar publicado en la página web de esta, extrayendo la existencia del cargo en la planta de personal y las funciones correspondientes, según quedó expuesto en el acápite sobre el estado del arte de la jurisprudencia se la Sección Segunda en relación con los instructores del SENA.

Séptimo, si bien la parte actora reclama que no se aportó las actas de control diario de clases de unos años, se reitera conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, que éstas por sí mismas no son el elemento definitorio de la subordinación, quedando suficientemente claras, por las razones expuestas previamente, las consideraciones por las cuales se concluye que la misma sí se configuró.

Octavo, aun cuando la entidad demandada podía acudir al tipo contractual consagrado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la misma no podía olvidar que la necesidad del servicio no puede devenir en permanente. Por ende, otra razón para considerar la desnaturalización de la relación contractual en una laboral, es el tiempo por el cual se suscribieron los distintos contratos u órdenes de prestación de servicios en este asunto -2007 a 2013-.

Nótese en este punto, que se cumple con la permanencia de la labor, exigida en la jurisprudencia desarrollada en acápite anterior sobre contrato realidad respecto de los instructores del SENA, toda vez que, si bien hubo algunas discontinuidades, corresponden prácticamente a los períodos no académicos, razón por la cual se encuentra que las vinculaciones fueron en su gran mayoría durante los períodos académicos de las instituciones de educación.

De ahí que se concluye que, en efecto, como lo determinó el *a quo*, se configuró la existencia de una relación laboral en el asunto. Por tanto, ha de confirmarse la decisión de declarar la nulidad del acto administrativo acusado, ya que con el mismo se desatendió el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Ahora bien, como se vio, los periodos en los que se confirma la existencia de la relación laboral son diferentes a los determinados por el juez de primera instancia. No obstante, al no haber sido un punto de discusión planteado en la apelación, la sala se abstendrá de corregir esta situación, teniendo en cuenta que uno de los límites del *ad quem*, es ceñirse a los argumentos presentados en el recurso.

Sin perjuicio de lo anterior, el restablecimiento a imponer se modificará para que se calcule conforme a los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios,

por cuanto, como se desprendió de la apelación, no pudo acreditarse fehacientemente la equivalencia de cargos lo cual impacta directamente en la condena a imponer. En efecto, aunque el testigo calificado dio cuenta de la similitud de funciones con un instructor de planta, ante la imposibilidad de enmarcar estrictamente la labor desempeñada por la actora en un empleo con código y grado específico, se modificará la sentencia en el sentido de determinar que el restablecimiento a impartir se haga conforme al valor de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios. Ello, además, en tanto la condena no puede quedar al arbitrio o subjetividad de quien le dé cumplimiento.

Más aún, acudiendo a la página web del SENA¹²⁷, se observa la Resolución 0986 del 25 de mayo de 2007¹²⁸ -que se entiende era la vigente durante los periodos reclamados en esta demanda-, así como el enlace "Manual 2007, "Anexo del manual".", que dirige a un archivo ZIP, en donde el documento correspondiente a los instructores además de describir las funciones esenciales, especifica que su nivel es técnico, código 3010, grado 01-20. Ahora bien, el artículo 3 del Decreto 1011 de 2013 (Fol. 46; C. 1 1ra instancia), indica la escala de asignación básica para los diferentes grados del empleo de instructor (De 1 a 20), a partir del 01 de enero de 2013. En esta medida, ni siquiera es dable acudir al grado más bajo dentro de la referida escala, por cuanto su valor es inferior al de los honorarios mensuales pactados en el Contrato No. 0139 del 29 de enero de 2013¹²⁹.

Por otro lado, si bien se ha dicho que uno de los límites del juzgador de segunda instancia consiste en los reparos concretos expuestos, también es cierto que de acuerdo con el artículo 187 del CPACA, el juzgador está habilitado para estudiar las excepciones que encuentre probadas, dentro de las que está la prescripción trienal. Aun cuando no se advierte que la forma en que primera instancia calculó dicho fenómeno estuviera equivocada, sí se observa que en la sentencia se señaló en la parte considerativa que se declararía la prescripción de las prestaciones sociales y laborales generadas en los periodos de mayo de 2007 a diciembre de 2012.

Empero, en el numeral tercero de la parte resolutive se declara el fenómeno prescriptivo, entre otros, para el periodo del 05 de septiembre de 2007 al 15 de septiembre de 2007, dejando de lado que en el numeral segundo se declaró también la existencia del vínculo laboral, en los periodos del 17 de mayo de 2007 al 15 de diciembre de 2007. Razón por la cual se adicionará este numeral en el sentido de indicar que la prescripción también cubre el periodo faltante mencionado.

Sentado lo anterior, la sala entrará a verificar la procedencia de las medidas de restablecimiento tomadas por el a quo, particularmente las relacionadas en los ordinales

¹²⁷ <https://www.sena.edu.co/es-co/sena/Paginas/manua-funciones.aspx>

¹²⁸ "Por la cual se adopta el Manual de Funciones, Requisitos Mínimos y Competencias Laborales para los empleados públicos de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA".

¹²⁹ Folios 200 a 203; C.1. P. 204-207 (01).

quinto y sexto de la parte resolutive, atinentes a los aportes de salud, pensión y riesgos profesionales, que fue lo reprochado por el apelante.

Recuérdese que este señaló que el *a quo* obró inadecuadamente al ordenar en los numerales quinto y sexto del fallo, el pago de los aportes a salud, riesgos profesionales y pensión, en tanto la parte actora, como contratista, canceló dichos aportes al Sistema de Seguridad Social Integral (salud, riesgos y pensiones), para los periodos allí indicados, conforme era su obligación contractual. Por lo que, de mantenerse tal determinación se estaría cancelando dos (2) veces el pago a dicho sistema por el mismo periodo. Asimismo, sería innecesario hacer los pagos a salud y riesgos por estos períodos, ya que la demandante no podría entrar a disfrutar de ellos, ni dichas entidades (EPS y ARL) brindar atenciones asistenciales y/o económicas, para dichas épocas, lo que constituía un detrimento patrimonial para el Estado, representado hoy en el SENA.

Agregó que el *a quo* no podría ordenar la devolución de tales aportes, cuando esto no fue pedido por la parte actora, lo que constituiría un fallo *extra petita*, que está prohibido al juez administrativo.

En sus alegatos de conclusión, solicitó aclaración así:

"(...) De no ser de resorte, el Ad Quem, deberá aclarar y/o modificar el artículo quinto de la Sentencia de 1 instancia, en el sentido de indicar si el pago de los aportes de salud y pensión, comprende todo el periodo de la prestación del servicio o sobre el cual no operó la prescripción trienal de los derechos laborales y si se comienza a contar desde la vinculación contractual o a partir del contrato N° 392 del 15 de marzo al 30 de junio de 2012 o del contrato N° 817 del 26 de julio al 15 de diciembre de 2012, debiendo hacer aclaración, si se incluye igualmente el periodo de interrupción y si el pago de salud y pensión, que debe realizar la parte demandada lo hace por la totalidad de la cotización que debía efectuar el actor o sobre la cuota que dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista. (...)"

Así pues, se tiene que en la sentencia del 14 de enero de 2019, se resolvió lo siguiente: en el ordinal primero, la declaración de nulidad del acto administrativo; en el segundo, la declaratoria de existencia del vínculo laboral con solución de continuidad en unos periodos; en el tercero, la prescripción de unos periodos a excepción de los aportes a pensión; en el cuarto, como indemnización de perjuicios, el reconocimiento y pago de acreencias laborales y/o prestaciones sociales por determinado periodo; y en los numerales quinto y sexto lo siguiente:

QUINTO.- CONDENAR al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA REGIONAL META, al reconocimiento y pago a favor de la señora SANDRA MARINA PATIÑO SANABRIA, el valor en el porcentaje que por ley debió cancelar como empleador por aportes a la salud y riesgos profesionales del Sistema General de Seguridad Social, teniendo en cuenta para ello el valor devengado por un empleado público en similar cargo al desempeñado por la actora, que servirá de base para la liquidación de la indemnización equivalente a los salarios y las prestaciones sociales generados durante el periodo comprendido del -01 de febrero de 2013 al 13 de noviembre de 2013.

SEXTO.- CONDENAR a título de restablecimiento del derecho al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA REGIONAL META, al reconocimiento y pago a favor de la señora SANDRA MARINA PATIÑO SANABRIA, el valor en el porcentaje que por ley debió cancelar como empleador por aportes a pensión al Sistema General de Seguridad Social, tomando como base el valor devengado por un empleado público en similar cargo al desempeñado por la actora, al servicio de esa entidad demandada, correspondientes a los periodos *entre el 17 de mayo de 2007 al 15 de diciembre de 2007, entre el 05 de septiembre de 2007 al 15 de Septiembre de 2007, entre el 13 de marzo de 2008 al 30 de Junio de 2008, entre el 22 de septiembre de 2008 al 30 de diciembre de 2008, entre el 6 de febrero de 2009 al 24 de diciembre de 2009, entre el 1º de febrero de 2010 al 13 de diciembre de 2010, entre el 22 de marzo de 2011 al 30 de junio de 2011, entre el 22 de agosto de 2011 al 15 de diciembre de 2011, entre el 22 de febrero de 2012 al 4 de julio de 2012, entre el 17 de julio de 2012 al 15 de diciembre de 2012 y entre el 1º de febrero de 2013 al 12 de noviembre de 2013*, en los cuales se demostró la relación laboral pero existió la declaratoria de prescripción excepto respecto de estos aportes, de conformidad con esta providencia.

Captura parcial de imagen: Folio 361; cuaderno 2 de primera instancia. P. 133 (02)

Ahora bien, dentro de las pretensiones de la demanda se reclamó específicamente lo siguiente: "(...) *En virtud de lo anterior y a título de Restablecimiento solicito que la entidad demandada SENA REGIONAL META, reconozca y pague a la señora SANDRA MARINA PATIÑO SANABRIA a título de indemnización lo siguiente: (...) 3.9. Nueve millones quinientos setenta mil quinientos diecinueve pesos (\$9.570.519.00) moneda legal, por concepto de salud, pensión y ARP, en el periodo transcurrido desde el 17 de mayo de 2007 hasta el 12 de noviembre de 2013. (...)*" De manera que *el a quo* sí debía pronunciarse frente a estos emolumentos, descartando entonces que se esté ante un quebrantamiento del principio de congruencia.

En el numeral quinto de la sentencia en comento se ordena el pago a favor de la demandante del porcentaje que por Ley ha debido cancelarse por concepto de afiliación a salud y riesgos profesionales al Sistema General de Seguridad Social.

Para resolver este asunto, la sala advierte que debe darse un tratamiento distinto a las cotizaciones a pensión, y de otro lado, a la devolución de los dineros con los que la demandante pagó aportes a pensión, salud y riesgos profesionales, tal como se explicó en el punto de unificación de esta providencia.

Frente a la primera de ellos -cotizaciones a pensión-, al tener en cuenta la incidencia en el derecho pensional conexo con la calidad de vida del individuo, se justifica que el reconocimiento sea oficioso y su cotización directa a la entidad de Seguridad Social en Pensiones a la que se encuentra afiliada la demandante, en el porcentaje que correspondiera como empleadora al SENA, se hace luego de verificar si hay diferencias, en perjuicio del derecho pensional, entre lo pagado por la demandante durante la

relación laboral y lo que debió cotizarse según el IBC (en este caso los honorarios, según atrás se indicó), con base en las cotizaciones que acredite la demandante, de acuerdo como lo ha determinado la jurisprudencia.

En otras palabras, con el IBC según los honorarios de cada contrato, se establecerá cuánto debió ser el monto aportado por concepto de pensión durante todo el período de la relación laboral, y esta cifra se comparará con el valor cotizado por la demandante, si esta no lo hizo o existe una diferencia en perjuicio de los aportes, el SENA deberá cotizar esa diferencia ante la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante, en el porcentaje que le correspondía como empleadora, y la demandante pagará o completará lo que debía como trabajadora, teniendo en cuenta obviamente si ella hizo algún aporte, a fin de que no pague doble vez. De no existir diferencias, porque la demandante demuestra haber aportado en su momento el valor total de la cotización según el aludido IBC, el SENA no deberá realizar cotización alguna, sin embargo, su omisión generará un restablecimiento del derecho en favor de la demandante como a continuación se expresará.

En efecto, frente a la devolución a la demandante de los aportes en pensión, salud y riesgos profesionales, solo se ordenará por los períodos no prescritos, así:

- (i) En cuanto a salud, el SENA deberá pagarle lo que la demandante demuestre haber cotizado y que correspondía a la entidad como empleadora.
- (ii) Sobre aportes a pensión, deberá pagarle de forma similar al concepto de salud, con la salvedad que se descontarán los valores que deba pagar por virtud de la cotización directa a la administradora de pensiones, según se indicó atrás, para proteger el derecho pensional. De esta forma, no existirá el doble pago que reprocha la entidad en su recurso de apelación, puesto que la devolución a la actora es en lo que no deba cotizar a la administradora como condena.
- (iii) Sobre aportes a riesgos profesionales, deberá pagarle a la demandante la totalidad de lo que esta demuestre haber cancelado por ese concepto durante el tiempo no prescrito de la relación laboral.

En virtud de lo anterior, los numerales 5 y 6 de la providencia bajo estudio deberán ser modificados, en aras de consignar claramente la orden a imponer, señalando que los valores que se ordenen serán actualizados conforme se describió en la sentencia de primera instancia.

Así las cosas, la sala confirmará parcialmente la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito, con las modificaciones anunciadas previamente.

Condena en costas de Segunda Instancia:

De otra parte, frente a la condena en costas, la misma se encuentra regulada en el artículo 365 del CGP, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA.

Al respecto, el Consejo de Estado¹³⁰, expuso que *"la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo."*, *"Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso. Valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.*

En el caso sub examine, se observa que no se cumplen con ambos criterios, por un lado, no se advierte actividad profesional de la parte demandante en sede de segunda instancia y, por otro lado, debido a que el numeral 4 del artículo 365 del CGP determina que cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada en costas de ambas instancias; sin embargo, en este caso se confirmará parcialmente. Es así que la hipótesis de prosperar parcialmente el recurso de apelación no está prevista en la citada norma, razón por la cual no habrá condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Meta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: **CONFIRMAR** los ordinales **PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, SÉPTIMO, OCTAVO, NOVENO, DÉCIMO, DÉCIMO PRIMERO y DÉCIMO SEGUNDO** de la sentencia de 14 de enero de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, de conformidad con las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: **REVOCAR** los ordinales **CUARTO, QUINTO y SEXTO** de la sentencia del 14 de enero de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo

¹³⁰ Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección A. CP: William Hernández Gómez. Sentencia del 16 de agosto de 2018. Rad: 20001-23-33-000-2013-00282-00(4066-15). Actor: ÁNGEL FRANCISCO VEGA FUENTES.

Sección Segunda. Subsección A. CP: Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 16 de agosto de 2018. Rad: 17001-23-33-000-2014-00124-01(1721-15). Actor: Luz Elena Escobar Zapata.

Ver también SECCIÓN CUARTA Consejera ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto. Sentencia del 15 de agosto de 2018. Rad: 63001-23-33-000-2015-00158-01(23068) Actor: INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE DEPORTE Y RECREACIÓN DEL QUINDÍO (INDEPORTES QUINDÍO).

Oral del Circuito de Villavicencio, de conformidad con las consideraciones expuestas.

TERCERO: **ADICIONAR** el ordinal **TERCERO** de la sentencia del 14 de enero de 2019, así:

"La anterior determinación también cobija el periodo declarado de vínculo laboral comprendido entre el 17 de mayo de 2007 al 15 de diciembre de 2007".

CUARTO: El ordinal **CUARTO** de la sentencia de 14 de enero de 2019, dirá lo siguiente:

"CUARTO.- A título de restablecimiento del derecho, se CONDENA al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA REGIONAL META, al reconocimiento y pago a favor de la señora SANDRA MARINA PATIÑO SANABRIA, el equivalente de las prestaciones sociales que tiene un trabajador de la misma categoría -instructor de planta- de la demandada, tomando como base los honorarios pactados en las órdenes o contratos de prestación de servicios que fueron suscritos, durante el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 2013 al 12 de noviembre de 2013. Estas sumas serán actualizadas."

QUINTO: El ordinal **QUINTO** de la sentencia de 14 de enero de 2019, dirá lo siguiente:

"QUINTO. - CONDENAR, a título de restablecimiento del derecho, al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA REGIONAL META, a efectuar los aportes debidamente actualizados con destino al sistema de seguridad social en pensiones respecto de los periodos en que se demostró la existencia de la relación laboral entre las partes del proceso, esto es, los periodos consignados en el ordinal segundo de esta providencia.

Para ello, la entidad demandada deberá tomar el ingreso base de cotización pensional del demandante (los honorarios pactados en los contratos u órdenes de prestación de servicio que fueron suscritos durante los periodos en que fue declarada la existencia de la relación laboral) a efectos de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por la demandante, y en caso de presentarse diferencias en perjuicio del derecho pensional de la actora, deberá cotizar como su empleador al respectivo fondo de pensiones donde aquella se encuentre afiliada, la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Asimismo, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante estos periodos y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora. De igual forma la cifra será actualizada"

SEXTO: El ordinal **SEXTO** de la sentencia de 14 de enero de 2019, dirá lo siguiente:

"SEXTO. - CONDENAR, a título de restablecimiento del derecho, al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA REGIONAL META, a pagar a la demandante debidamente actualizados los siguientes valores conforme se explicó en la parte considerativa, debidamente actualizados:

- ✓ *En cuanto a salud, el SENA deberá pagarle lo que la demandante demuestre haber cotizado y que correspondía a la entidad como empleadora.*
- ✓ *Sobre aportes a pensión, deberá pagarle de forma similar al concepto de salud, con la salvedad que se descontarán los valores que deba pagar por virtud de la cotización directa a la administradora de pensiones, según se indicó en el ordinal quinto de esta sentencia.*
- ✓ *Sobre aportes a riesgos profesionales, deberá pagarle a la demandante la totalidad de lo que esta demuestre haber cancelado por ese concepto durante el tiempo no prescrito de la relación laboral."*

SÉPTIMO: Sin condena en costas en esta instancia.

OCTAVO: En firme esta providencia, remítase el proceso al Juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala Plena, celebrada el día 16 de septiembre de 2021, según Acta No. 054, y se firma de forma electrónica.

Firmado Por:

Claudia Patricia Alonso Perez

Magistrado

Mixto 005

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Hector Enrique Rey Moreno

Magistrado

Mixto 003

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Teresa De Jesus Herrera Andrade

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 001 Administrativa

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Carlos Enrique Ardila Obando

Magistrado

Mixto 002

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Nelcy Vargas Tovar

Magistrado

Mixto 004

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Nohra Eugenia Galeano Parra

Magistrada

Mixto

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

74127465c08a2906813a2ca14eed8b501adf2e1b4cb1c9d426f5bc8f8dfc78a6

Documento generado en 23/09/2021 04:41:13 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>