

**CONTRATO REALIDAD – Antecedente jurisprudencial / RELACION LABORAL – Elementos / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Desvirtuar / PRESTACION SOCIAL – Reconocimiento**

En la actualidad se tiene, que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos; especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público. A contrario, se constituye una relación contractual, que se rige por la Ley 80 de 1993 cuando: se pacta la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública; el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; se le pagan honorarios por los servicios prestados; y, la labor convenida no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar, que se debe restringir a aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional; porque, si contrata por prestación de servicios, personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los demás servidores públicos, se desdibuja dicha relación contractual.

**DERECHOS PRESTACIONALES DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD – Prescripción / SENTENCIA CONSTITUTIVA – Declara la existencia de la relación laboral / SOLICITUD DE PRESTACIONES SOCIALES – Derivados del contrato realidad / PRESCRIPCION – 5 años a la fecha de terminación del último contrato**

En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora esta Sección concluyó sobre su no prescripción, en tanto su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque es en tal decisión judicial en la que se declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo, que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo. Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó, que aunque es cierto, que es desde la sentencia, que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a 3 años. Y en la actualidad, se ha determinado que el plazo razonable en el que se debe petitionar el pago de las prestaciones derivadas del vínculo laboral, es de 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato; fecha que *mutatis mutandi* puede asimilarse al acto de retiro, acorde con lo estipulado por el artículo 66 del C.C.A., en armonía con los principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los administrados. Teniendo en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los contratos realidad, se concluye en cuanto a su configuración, que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega, no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito. Y en lo que

concierno a la prescripción está determinado, que el plazo razonable con el que cuenta el accionante para solicitar la declaratoria de la existencia del vínculo laboral y el pago de los derechos laborales subyacentes, es de 5 años siguientes a la terminación del último contrato.

**CONTRATO REALIDAD – Desvirtuado / SUBORDINACION – Desvirtuada la autonomía e independencia en la prestación del servicio / RELACION LABORAL – Probada / RETENCION EN LA FUENTE – Vinculación idéntica a la de los trabajadores de planta / SANCION MORATORIA – No procede al ser la sentencia constitutiva de derechos**

De la misma manera, prestó sus servicios al SENA Regional Magdalena en calidad de instructor y formador profesional en diferentes áreas, tales como administración, gestión empresarial, administración de finca ganadera, empresarismo, entre otras, brindando capacitación a los beneficiarios de esos programas, que a su turno le eran expresamente asignados por los Coordinadores Académicos y los Jefes de Centro, según los planes docentes previamente definidos por la entidad. También cumplió con el horario de labores que le fue encomendado en forma directa por el correspondiente Coordinador Académico o Jefe de Centro, que comprendía impartir la formación durante determinadas horas por día según las áreas de instrucción que previamente le fueron definidas; situación que de todos modos implicó la ejecución de la labor asignada, con constancia y cotidianidad en los tiempos que explícitamente le fueron estipulados, teniendo en cuenta el programa a desarrollar y las metas a cumplir, además, de la entrega de reportes a su superior, referidos al cumplimiento del trabajo conferido. Ligado a que desarrolló idénticas funciones a las estipuladas para los docentes de planta, de lo que fehacientemente da cuenta el testimonio del señor Carlos Alberto Bustamante Serrano, quien en calidad de instructor de planta fue contundente en señalar, que en el SENA Regional Magdalena no existía ninguna diferencia entre los formadores contratistas y los de planta, habida cuenta que prestaban los mismos servicios y cumplían las mismas funciones, con la asignación de horarios similares, que variaban, claro está, según el curso a impartir, debiendo todos obedecer tanto las instrucciones como las órdenes de los Coordinadores Académicos, que implicaban incluso no sólo la entrega mensual de reportes de cumplimiento de actividades sino además la necesidad de solicitar el permiso correspondiente para ausentarse de la labor. En suma, desvirtuadas como se encuentran tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio por parte del actor como la transitoriedad u ocasionalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios y probados todos los elementos característicos de la relación laboral, concluye la Sala, que en el presente asunto, contrario a lo argumentado por el demandado en el escrito de alzada, se configuró el contrato realidad, porque evidentemente la administración utilizó la figura contractual, de manera por demás equivocada, para encubrir la naturaleza real de la actividad laboral.

**NOTA DE RELATORIA:** En cuanto a las prescripciones para interponer la acción pertinente para solicitar la declaratoria de existencia del vínculo laboral y pago de derechos laborales subyacentes es de 5 años siguientes a la terminación del último contrato. Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda de 8 de mayo de 2014, expediente 2725-12. Magistrado Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN SEGUNDA**

## **SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN**

Bogotá D.C., diez y nueve (19) de enero de dos mil quince (2015)

**Radicación número: 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13)**

**Actor: ESTEBAN PATERNOSTRO ANDRADE**

**Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-**

### **AUTORIDADES NACIONALES**

### **- F A L L O -**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por el apoderado judicial de la parte demandante como de la parte demandada, contra la sentencia de 23 de mayo de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que accedió a las súplicas de la demanda instaurada por el señor ESTEBAN PATERNOSTRO ANDRADE, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la actuación administrativa por medio de la cual el SENA Regional Magdalena le negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales generadas con ocasión de su vinculación en el cargo de Instructor Docente.

### **ANTECEDENTES**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor ESTEBAN PATERNOSTRO ANDRADE instauró demanda ante el Tribunal Administrativo del Magdalena a fin de obtener la nulidad del Oficio No. 2-2012-000764 de 1° de marzo de 2012 y del Oficio No. 2-2012-000810 de 6 de marzo de 2012, a través de los cuales se le negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho en razón de su vinculación en el cargo de Instructor Docente del SENA Regional Magdalena.

### **PRETENSIONES**

Como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho solicitó, que se condene a la parte demandada al reconocimiento de las cesantías, intereses a las

cesantías, prima de servicios y vacaciones no remuneradas desde el 7 de febrero de 1996 hasta el 30 de noviembre de 2009 -fecha de su retiro-; a la devolución de la retención en la fuente que se le descontó por valor de \$11.440.335,85 o la que resulte probada en el proceso; al pago a título de sanción moratoria, de las sumas equivalentes a un día de salario por cada día de retardo en la consignación de las cesantías desde el 15 de febrero de 1997 hasta su cancelación, que para el momento corresponde a \$395.462.400; al pago de las demás acreencias que resulten comprobadas en el proceso derivadas del vínculo contractual; y, a la cancelación de las costas procesales incluidas las agencias en derecho.

### **FUNDAMENTOS FÁCTICOS**

Relató el actor en el acápite de hechos, que laboró en las instalaciones del SENA Agropecuario Gaira en la Ciudad de Santa Marta y en diferentes sedes de la entidad en el Departamento del Magdalena, mediante órdenes de trabajo consecutivas y contratos de prestación de servicios, en calidad de Instructor Docente en el área de Gestión Empresarial Rural, entre el 7 de febrero de 1996 y el 30 de noviembre de 2009, cuando el empleador dio por terminado el vínculo.

Desempeñó su labor con elementos propios de la entidad, percibió remuneración por sus servicios y se sometió a los horarios de trabajo establecidos desde las 7:00 a.m. hasta las 11:30 a.m. y desde las 2:00 p.m. hasta las 6:00 p.m., de lunes a viernes, con grupos conformados por 25 a 30 alumnos, bajo las órdenes directas de los supervisores coordinadores.

Las obligaciones contraídas entre las partes se encuentran previstas en las cláusulas quinta, sexta y séptima de los diferentes contratos de prestación de servicios y en el aparte de las obligaciones del contratista estipuladas en las órdenes de trabajo.

En procura del reconocimiento de sus derechos elevó petición ante el SENA Regional Magdalena, cuya respuesta consta en el Oficio No. 2-2012-000764 de 1° de marzo de 2012 y en el Oficio No. 2-2012-000810 de 6 de marzo de 2012, por medio de los cuales se le negó el reconocimiento y pago de las prestaciones

sociales pretendidas; denegación que persistió cuando se adelantó la diligencia de conciliación prejudicial.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Invocó como normas vulneradas los artículos 1°, 2°, 3°, 6°, 13, 25, 53, 122, 123 y 125 de la Carta Política; los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1042 de 1978; y el artículo 32 numeral 3° de la Ley 80 de 1993.

Estimó en síntesis, que el demandado inobservó la anterior normativa y se apartó de la jurisprudencia de esta Corporación, cuando para satisfacer sus necesidades administrativas permanentes, contrató los servicios de docencia, sometidos a su subordinación y continua dependencia, por medio de la utilización de contratos de prestación de servicios, como si se tratara de la prestación independiente de servicios personales.

### **OPOSICIÓN A LA DEMANDA**

El **SENA** Regional Magdalena indicó, que resulta indiscutible que la vinculación del actor se produjo a través de órdenes de trabajo y contratos de prestación de servicios por el tiempo estrictamente necesario, cuya tipología, definición y naturaleza se encuentra determinada por el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sin que se haya configurado una relación laboral generadora del reconocimiento de las prestaciones alegadas producto de la celebración de un contrato de trabajo, porque no se comprobó el despliegue de la actividad personal, la continuada subordinación y la remuneración.

Presentó como medios exceptivos los que denominó *“Inexistencia de la obligación y del demandado... SENA Regional Magdalena”* porque la vinculación del accionante no se adelantó por medio de un contrato de trabajo, sino a través de órdenes y contratos de prestación de servicios por un término preestablecido, que implican la obligación de hacer algo, pero no de cumplir horario ni tener subordinación permanente, con lo que no existe relación laboral que genere el pago de prestaciones sociales, y *“Cobro de lo no debido”* teniendo en cuenta que no desempeñó un cargo sino que adelantó el objeto para el cual fue contratado, que corresponde al de Instructor para impartir formación profesional en las áreas

de formulación de proyectos, capacitación técnica, gestión empresarial rural, gestión local y municipal, administración de finca ganadera, empresarismo y demás actividades, por las que devengó los honorarios que fueron convenidos por las partes y cancelados en su totalidad.

### **SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo del Magdalena en sentencia de 23 de mayo de 2013 accedió a las súplicas de la demanda, toda vez, que en este asunto se comprobó la existencia de un contrato realidad ante la configuración de una relación contractual dentro del marco de la subordinación, procurada personalmente con cumplimiento de la jornada laboral y el pago de remuneración a cambio de la labor ejecutada, que se adelantó a través de la suscripción consecutiva de 26 contratos de prestación de servicios, que suman más de 7 años de labor, tiempo que evidencia el ánimo de emplear de modo permanente y continuo los servicios del Instructor Docente. En consecuencia, declaró la nulidad de la actuación acusada; ordenó el reconocimiento y pago del equivalente a las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta con vinculación durante el periodo en que el actor ejerció las labores; liquidadas conforme al valor pactado en el contrato de prestación de servicios, con los debidos ajustes de ley; impuso el pago del valor equivalente a los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud, que el demandante debió trasladar a los respectivos fondos durante el tiempo en que prestó los servicios; y, con derecho al cómputo del lapso laborado para efectos pensionales; negó las demás pretensiones de la demanda.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

El **actor** apeló la decisión del *a quo* porque negó la devolución de la retención en la fuente, el reconocimiento de las vacaciones causadas y no remuneradas y la condena a la entidad por sanción moratoria ante el no pago de las cesantías definitivas.

En cuanto a la retención en la fuente señaló, que el descuento que por dicho concepto le hizo el SENA, se le debe reintegrar ante la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo, independiente de que tales dineros no hayan engrosado el patrimonio de la entidad.

Referente a las vacaciones manifestó, que aunque la primera instancia sostenga que no gozan del carácter de prestación salarial, lo cierto es, que las mismas se causaron durante el vínculo laboral y no se disfrutaron, lo que conduce a que deban ser reconocidas.

Y frente a la condena por sanción moratoria indicó, que es patente la mala fe con la que el empleador actuó en esta clase de contrataciones.

El **SENA** por su parte arguyó que no se configuraron los elementos propios de la relación laboral, pues en lo que concierne a la prestación personal del servicio, en todo contrato es necesario que el contratado adelante personalmente la labor o las actividades relacionadas con su objeto, además el actor tenía plena autonomía e independencia para su ejecución, habiéndose acordado entre las partes las respectivas actividades profesionales; en cuanto a la remuneración, hay que diferenciar entre el sueldo o salario que es propio de una relación laboral de los honorarios por prestación de servicios, que se perciben con ocasión del desarrollo de una labor en la que prima el factor intelectual; y, en lo que concierne a la subordinación, la misma no se logró probar porque es imperativo que las partes contratantes coordinen las actividades y que el contratista reciba instrucciones.

Añadió, que disiente de la condena en costas, porque se debe imponer teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, pero, en este caso su actuar no fue temerario, reprochable o de abuso del derecho; del pago de las expensas, pues la norma en la que se sustenta es inexistente; y, de las agencias en derecho, por estimar elevada su tasación en un 7% sobre el valor de las pretensiones reconocidas, que no consultan la naturaleza, calidad y duración de la gestión del apoderado de la contraparte, según las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

#### **TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

Como la sentencia que desató la *litis* en primera instancia fue adversa al ente público demandado y contra la misma se interpuso recurso de apelación por ambas partes, se citó a Audiencia de Conciliación, según lo determina el artículo 192 del C.P.A.C.A., que se celebró el 31 de julio de 2013, habiéndose declarado fallida. (fls. 312 a 315). Luego por medio de providencia de 11 de diciembre de 2013 se admitió el recurso alzada interpuesto. (fls. 326).

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**La parte demandada**, luego de señalar que se reafirmaba en los argumentos y excepciones expuestas a lo largo del proceso, replicó que en este caso aplica el fenómeno de la prescripción trienal, según lo considerado recientemente por esta Corporación y por la Corte Constitucional en la Sentencia C-072 de 1994.

Ni el **actor** ni el **Ministerio Público** allegaron el escrito de alegaciones finales.

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Se contrae a determinar, si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento del contrato realidad durante los periodos en que se vinculó con el SENA Regional Magdalena, mediante contratos de prestación de servicios y órdenes de trabajo en calidad de Instructor Docente, con el consecuente pago de los salarios y prestaciones propio de una relación laboral.

A fin de desatar la cuestión litigiosa, inicialmente es preciso aludir al desarrollo jurisprudencial en torno a la figura del contrato realidad, para luego del análisis del acervo probatorio definir si en el caso concreto al actor le asiste la razón en lo que pretende.

### **JURISPRUDENCIA SOBRE EL CONTRATO REALIDAD**

La Corte Constitucional al examinar la exequibilidad del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, determinó la posibilidad que existe de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público, y luego de definir sus características y establecer las diferencias con el contrato de trabajo señaló, que el ejercicio de tal potestad se ajusta a la Carta Política, siempre y cuando la Administración no lo utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.

Por su parte, esta Corporación en varias decisiones<sup>2</sup> ha reiterado la necesidad de que cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Tal posición se opone a la expuesta en anterior jurisprudencia de esta Sección, en la que se sostuvo, que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada para el desarrollo eficiente de la labor encomendada, que incluía el cumplimiento de un horario y el hecho de recibir instrucciones de los superiores o reportar informes sobre resultados, sin que ello significara necesariamente la configuración del elemento subordinación<sup>3</sup>.

En la actualidad se tiene, que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos; especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público.

A contrario, se constituye una relación contractual, que se rige por la Ley 80 de 1993 cuando: se pacta la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública; el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; se le pagan honorarios por los servicios prestados; y, la labor convenida no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados.

Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar, que se debe restringir a aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional; porque, si contrata por prestación de servicios, personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los demás servidores públicos, se desdibuja dicha relación contractual.

---

<sup>2</sup> Entre otros, sentencia de 23 de junio de 2005 proferida en el expediente No. 245 con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 18 de noviembre de 2003. Expediente No. IJ-0039. Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

Entonces, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el manto solapado de un contrato estatal; ello, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados respectivamente en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental. Con lo que se superó esa prolongada tesis que prohibía la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados<sup>4</sup>.

En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora esta Sección concluyó sobre su no prescripción, en tanto su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque es en tal decisión judicial en la que se declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo, que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo<sup>5</sup>.

Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó, que aunque es cierto, que es desde la sentencia, que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a 3 años<sup>6</sup>.

Y en la actualidad, se ha determinado que el plazo razonable en el que se debe petitionar el pago de las prestaciones derivadas del vínculo laboral, es de 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato; fecha que *mutatis mutandi* puede asimilarse al acto de retiro, acorde con lo estipulado por el artículo 66 del

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 2776-05. Consejero Ponente Dr. Jaime Moreno García; Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 1694-07. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencias de 31 de Julio de 2008. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia de 14 de agosto de 2008. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13. Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

C.C.A., en armonía con los principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los administrados<sup>7</sup>.

Teniendo en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los contratos realidad, se concluye en cuanto a su configuración, que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega, no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito<sup>8</sup>.

Y en lo que concierne a la prescripción está determinado, que el plazo razonable con el que cuenta el accionante para solicitar la declaratoria de la existencia del vínculo laboral y el pago de los derechos laborales subyacentes, es de 5 años siguientes a la terminación del último contrato.

A lo que se debe agregar, que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, según el aforismo "*onus probandi incumbit actori*", dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos anteriormente señalados dentro de la actividad desplegada, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que de manera primordial desentraña la existencia de una relación laboral encubierta.

Así, se deben revisar en cada caso, las condiciones bajo las cuales se prestaron los servicios, en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente, la

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. **Sentencia de 8 de mayo de 2014**. Expediente No. 2725-12. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Expediente No. 3074-2005. Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva homogenicen las causas propuestas ante esta Jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso.

Atendiendo a lo anteriormente precisado se procederá a efectuar el examen probatorio correspondiente.

#### **DE LO ACREDITADO EN EL PROCESO**

Se demostró al interior del expediente que el demandante, tal como lo certifica el Subdirector del Centro Acuícola y Agroindustrial del SENA y como se infiere de los 3 contratos de prestación de servicios y las 23 órdenes de trabajo, laboró al servicio del SENA Regional Magdalena, desempeñando funciones en calidad de Instructor Docente, entre los años 1996 y 2009. (fls. 28 a 32, 35 a 46 y 48 a 65).

El objeto de esos diversos contratos de prestación de servicios y órdenes de trabajo, fue el siguiente:

*“... apoyar y reforzar a las comunidades en cada uno de los municipios adscritos a la delegación P.N.R. Magdalena, desarrollando **acciones de formación profesional relacionadas prioritariamente con la formulación de proyectos y con capacitación técnica en organización comunitaria...**”.*

*“... apoyar el área de **Gestión Empresarial Rural en el Centro Agropecuario Gaira...**”.*

*“**Transferencia de tecnología y conocimientos en el área de gestión empresarial rural e investigación aplicada en el área de gestión empresarial rural**”.*

*“... Impartir **formación profesional en el área de asesoría planes desarrollo institucional**”.*

*“... desarrollar las funciones impartiendo **formación profesional en el área de gestión local y municipal en el Centro Agropecuario**. Las funciones deberán ser desarrolladas en el Departamento del Magdalena...”.*

*“... desarrollar las funciones impartiendo **formación profesional en el área de gestión local y municipal en el Centro Agropecuario**. Las funciones deberán ser desarrolladas en los diferentes municipios del Departamento del Magdalena...”.*

*“... **prestar los servicios asesorando la formulación de proyectos**. Las funciones deberán ser desarrolladas en los diferentes municipios del departamento del Magdalena...”.*

*“... apoyar el área **Gestión Local en el Centro Agropecuario Gaira...** Las funciones deberán ser desarrolladas en el Departamento del Magdalena...”.*

*“... impartir **formación profesional en el área de administración** debe desarrollar el*

objeto de la presente orden de servicios en los diferentes municipios del Departamento del Magdalena...”.

“... impartir **formación profesional en el área de GESTIÓN EMPRESARIAL** debe desarrollar el objeto de la presente orden de servicios en la ciudad de Santa Marta (Magdalena).

“... impartir **formación profesional en el área de EMPRESARISMO** en los cursos producción y comercialización de hortalizas, procesamiento de cítricos, cría de pollos de engorde, manejo y transformación de residuos sólidos en el banco para el programa de jóvenes rurales...”.

“**Acompañamiento y formulación de cinco (5) planes de negocios como mínimo, insertados en la plataforma para acceder a los recursos del Fondo Emprender, relacionados con las siguientes actividades económicas: conservación y transformación de productos pequeros, cultivo de peces en jaulas, recuperación, manejo y aprovechamiento de recursos forestales en el Departamento del Magdalena**”.

“... impartir **formación profesional en el Departamento del Magdalena en la especialidad de ADMINISTRACIÓN DE LA FINCA GANADERA** y seguimiento de la etapa productiva siguiendo los contenidos curriculares y metodología pedagógica definida por el SENA...”.

“... la prestación de servicios personales como **instructor contratista, impartiendo horas de formación profesional integral en el área de economía agrícola** en los diferentes programas que imparta el centro en el departamento del Magdalena...”.

Además, en ellos se estipuló la supervisión directa del contrato por cuenta de la Jefatura del Centro Agropecuario o del Grupo de Desarrollo Empresarial o de la Coordinación Académica o del Supervisor Contratista o de la Coordinación de Formación Profesional del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira Regional Magdalena; el valor y la forma de pago, de acuerdo con las horas laboradas, previa presentación de informes y apropiando los recursos correspondientes por concepto de honorarios; con obligaciones para el contratista, tales como las de cuidar y responsabilizarse de los instrumentos de trabajo que se le facilitaran para el desempeño de sus funciones; y, con la imposibilidad para el mismo de ceder el contrato a persona alguna, natural o jurídica, sin el consentimiento previo, expreso y escrito del SENA. (fls. 35 y s. s.).

**El 3 de febrero de 2009**, fue suscrito por el accionante el último contrato de prestación de servicios. (fls. 61 a 63)

**El 27 de febrero de 2012** el actor presentó petición ante la Dirección del SENA Regional Magdalena a fin de que se le pagaran las prestaciones sociales a las cuales tenía derecho: cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y

vacaciones no remuneradas, ante la certeza de la condición de subordinación y sometimiento a los horarios de trabajo previamente fijados por dicha entidad para el desempeño de sus funciones como docente de grupos de estudiantes y reunidos los demás presupuestos de ley que se configuraron a través de los diversos contratos suscritos. De igual manera, pidió el pago del porcentaje que se le descontó por concepto de retención en la fuente y la sanción moratoria ante la no consignación oportuna de las cesantías de que trata la Ley 244 de 1995. (fls. 12 y 13).

Mediante los Oficios Nos. 2-2012-000764 de 1° de marzo de 2012 y 2-2012-000810 de 6 de marzo de 2012, la Directora Regional Magdalena en encargo, respondió negativamente a la anterior petición, con sustento en que no existe fundamento alguno que respalde la reclamación, porque el solicitante fue vinculado en calidad de Instructor contratista en las especialidades propias del área agropecuaria en la sede de Gaira, por un determinado número de horas y percibiendo honorarios, con realización de las actividades sin subordinación y sólo con supervisión y control del resultado; motivos por los que no se puede predicar que era empleado público con vinculación, que generara el derecho al pago de las prestaciones reclamadas. (fls. 14 a 17 y 18 a 21).

El 8 de marzo de 2013, la Dirección Regional del SENA Magdalena informó, que **dentro de la planta de personal** de la entidad para el año 2006 existía un Instructor Docente que era la señora Nora Arroyave y a partir del 10 de octubre de 2008 fue vinculado el señor Eduardo Robles Panetta. Agregó, que *“A los instructores que imparten formación profesional vinculados bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios la programación para desarrollar el objeto contractual se efectúa a través de un proceso concertado entre el contratista con la comunidad o empresa solicitante de la capacitación. // La contratación de las diferentes áreas de formación se realiza de acuerdo a la solicitudes (empresas, comunidades), a las apuestas productivas y planes de desarrollo de los diferentes municipios del departamento, previa verificación de que no existe personal de planta para atender dichas solicitudes”*. (fls. 175 a 178).

En la misma fecha, la Dirección de la entidad aportó la copia de reportes de las horas mensuales laboradas por el actor en algunos meses correspondientes a los años 2006 y 2009. (fls. 181 a 202).

Reposa en medio magnético el testimonio del señor Álvaro de Jesús Cárdenas Granados, quien como el actor fue contratado por el SENA, y que da cuenta sobre la ejecución de la labor de formación que directamente le fue encomendada a todos los Instructores, con apego a los programas, horarios y reuniones impuestas por dicha entidad para efecto de presentar el desarrollo de sus actividades.

Por su parte, el señor Carlos Alberto Bustamante Serrano, quien para el momento de la declaración -8 de abril de 2013-, se desempeñaba como **Instructor de planta** del SENA indicó, que labora a su servicio desde 1995 -un año antes de que llegara el demandante- y que todos los Instructores de esa entidad, tanto los contratistas como los de planta, ejercen la función de impartir formación y desarrollar los cursos que se les indica, bien sea al interior o fuera de las instalaciones del SENA, con la supervisión de un jefe inmediato que es el Coordinador Académico, quien les da las órdenes sobre qué cursos son los que deben adelantar, en qué lugar, las horas de duración y los compromisos a cumplir, entre ellos, las reuniones mensuales para la entrega de informes y evaluaciones.

Explicó, que no existe diferencia entre los instructores de planta y los contratistas, porque los programas, tal como la entidad los organiza, son estructurados en general para todos los docentes sin distinción alguna. Señaló, que son más en número los instructores por contrato que de planta, y que todos deben solicitar los permisos para ausentarse de la labor ante el Coordinador Académico, pues es este último, quien en calidad de superior inmediato, les imparte las cargas de trabajo, impone orden y hace los llamados de atención. Manifestó, que tanto él como el demandante estaban sujetos a un horario de trabajo, que es: de 8 a.m. a 12 m y de 2 p.m. a 4 p.m. cuando se trata de módulos y de 7 a.m. a 4 p.m. con descanso a la hora del almuerzo, si se trata de instrucción por competencias laborales. Indicó, que la metodología establecida por el SENA para desarrollar y que se impone al contratista docente implica el curso que debe ofrecer al público, la correspondiente intensidad horaria, el lugar en el que se va a dictar y la metodología a desarrollar por competencias o por logros de aprendizaje.

Y específicamente dijo, que le constó la subordinación del actor frente a la entidad, en su sentir, reflejada en que cumplía el mismo horario que los contratistas de planta, asistía a las reuniones mensuales para la entrega de los informes de acreditación de sus labores, habiéndole sido asignadas cargas académicas

similares que sólo variaban según las horas previamente estipuladas para dictar cada curso, atendiendo además, las actividades adicionales de asesoría de proyectos.

### **CASO CONCRETO**

Según los elementos de prueba obrantes en el plenario confrontados con la doctrina concerniente al contrato realidad, se encuentra que en el presente asunto se configuró una verdadera relación laboral entre el demandante y la Administración, a pesar de haber sido ocultada bajo la figura del contrato de prestación de servicios.

Es así, como de las varias órdenes de trabajo y contratos de prestación de servicios que suscribió con el SENA, cuya ejecución encontró soporte en la certificación emitida por la Subdirección del Centro Acuícola y Agroindustrial del SENA y en el testimonio del docente de planta, surge evidente, que en el cumplimiento de la labor asignada en calidad de Instructor Docente, el actor adelantó todo el esfuerzo personal que la misma requería, situación que permite corroborar la presencia del elemento **prestación personal del servicio**.

De igual modo, percibió una **remuneración o contraprestación económica** por la labor personal que realizó al servicio del SENA, según la documental y testimonial referida, que estaba sujeta a la apropiación presupuestal de la entidad.

Así mismo, se configuró el elemento **subordinación y dependencia**, comprobado en la intemporalidad de la relación, en el cumplimiento de funciones y horarios de trabajo propios de la entidad, con desarrollo de idénticas funciones a las asignadas a los instructores de planta.

En efecto, las probanzas evidencian que la función desplegada por el accionante no fue de carácter transitorio o esporádico -característica propia del contrato de prestación de servicios-, sino que por el contrario, se trató de una relación prolongada en el tiempo, como lo demuestran los diversos contratos y órdenes celebradas entre ambas partes desde el 7 de febrero de 1996 hasta el 3 de febrero de 2009- fecha de la última orden de trabajo-, que permiten entrever que la contratación se produjo con el ánimo de emplearlo de modo permanente, pero, en franco desconocimiento de sus derechos salariales y prestacionales de carácter

irrenunciable y en abierta pugna, no sólo con la ley<sup>9</sup> y con la jurisprudencia sino también con el principio constitucional de igualdad.

De la misma manera, prestó sus servicios al SENA Regional Magdalena en calidad de instructor y formador profesional en diferentes áreas, tales como administración, gestión empresarial, administración de finca ganadera, empresarismo, entre otras, brindando capacitación a los beneficiarios de esos programas, que a su turno le eran expresamente asignados por los Coordinadores Académicos y los Jefes de Centro, según los planes docentes previamente definidos por la entidad.

También cumplió con el horario de labores que le fue encomendado en forma directa por el correspondiente Coordinador Académico o Jefe de Centro, que comprendía impartir la formación durante determinadas horas por día según las áreas de instrucción que previamente le fueron definidas; situación que de todos modos implicó la ejecución de la labor asignada, con constancia y cotidianidad en los tiempos que explícitamente le fueron estipulados, teniendo en cuenta el programa a desarrollar y las metas a cumplir, además, de la entrega de reportes a su superior, referidos al cumplimiento del trabajo conferido.

Ligado a que desarrolló idénticas funciones a las estipuladas para los docentes de planta, de lo que fehacientemente da cuenta el testimonio del señor Carlos Alberto Bustamante Serrano, quien en calidad de instructor de planta fue contundente en señalar, que en el SENA Regional Magdalena no existía ninguna diferencia entre los formadores contratistas y los de planta, habida cuenta que prestaban los mismos servicios y cumplían las mismas funciones, con la asignación de horarios similares, que variaban, claro está, según el curso a impartir, debiendo todos obedecer tanto las instrucciones como las órdenes de los Coordinadores Académicos, que implicaban incluso no sólo la entrega mensual de reportes de

---

<sup>9</sup> El artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispuso: “*Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural. // Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. // Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República. // Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.// **Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones**”.*

cumplimiento de actividades sino además la necesidad de solicitar el permiso correspondiente para ausentarse de la labor.

En suma, desvirtuadas como se encuentran tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio por parte del actor como la transitoriedad u ocasionalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios y probados todos los elementos característicos de la relación laboral, concluye la Sala, que en el presente asunto, contrario a lo argumentado por el demandado en el escrito de alzada, se configuró el contrato realidad, porque evidentemente la administración utilizó la figura contractual, de manera por demás equivocada, para encubrir la naturaleza real de la actividad laboral.

A esta altura se pone de presente, que las diferentes situaciones administrativas y necesidades del servicio no se pueden convertir en evasivas o excusas para vincular al personal de manera irregular con el fin de desempeñar funciones públicas en forma permanente; pues, tal vínculo deviene en precario e ilegal ante el franco desconocimiento de las formas sustanciales del derecho público, las modalidades previstas en la Constitución y la ley para el ingreso al servicio público y aún más, las garantías laborales y los derechos fundamentales de quienes así resultan vinculados -artículos 13 y 53 de la Carta Política-; en otras palabras, la Administración Pública no está legitimada, en ninguna circunstancia, para omitir el carácter laboral de las relaciones de trabajo.

Por su parte, el actor en la apelación disiente frente a la decisión del Tribunal, en cuanto a la negativa de reconocimiento de la retención en la fuente, de las vacaciones no remuneradas y de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías.

En cuanto a la devolución de la retención en la fuente y el reconocimiento de las vacaciones no remuneradas se debe tener en cuenta, que tal como quedó fehacientemente demostrado al interior del proceso, la vinculación laboral del demandante es **idéntica** a la de los trabajadores de planta de la entidad; por manera, que si está comprobado que a estos últimos les asiste el derecho a la devolución y reconocimiento ahora pretendidos, igual derecho se debe predicar respecto al demandante, y será la entidad quien una vez realizada la constatación respectiva, conceda lo pretendido.

Respecto a la sanción moratoria por no pago oportuno de las cesantías se encuentra, que le asiste la razón al *a quo* cuando considera que tal petición carece de vocación de prosperidad, porque el reconocimiento de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral que con derecho a tal prestación, se plasme en la sentencia constitutiva que defina la *litis*; de suerte, que es a partir de la ejecutoria de tal decisión, que nace para el actor el derecho al reconocimiento y pago de los intereses respectivos, pero siempre que, el empleador incurra en atraso en la cancelación de la prestación en mención.

A su turno, disiente el demandado en cuanto a la condena en costas, porque en su sentir, la imposición de la misma exige una valoración de la conducta asumida por las partes, que en este caso no fue temeraria, reprochable o de abuso del derecho. Con relación a este argumento se debe señalar, que resulta impróspero a la luz de la Ley 1437 de 2011, que regula este asunto, pues su artículo 188, simplemente remite al Código de Procedimiento Civil para su liquidación y ejecución, sin que de ninguna manera sea necesario evaluar la aludida conducta. Diferente a lo que ocurriría, si el proceso se hubiere tramitado bajo la égida del anterior Estatuto Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984-, que determina en su artículo 171, que no es suficiente vencer a una de las partes en el juicio para imponer la aludida condena, pues debe evaluarse la conducta por ellas asumida.

Sobre las expensas y las agencias en derecho, resta por agregar, que fueron fijadas según la facultad que le asiste al Tribunal de conformidad con lo prescrito por el Código de Procedimiento Civil en su artículo 393 y según las tarifas determinadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo 1887 de 2003, tal como lo ordena el referido artículo 393 de la Codificación Procesal Civil.

Finalmente, en cuanto a la prescripción de la acción que arguyó el SENA en sus alegatos de conclusión, se tiene que tal como se anticipó en párrafos precedentes, en el contrato realidad, es de 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato; por manera, que si en el presente asunto, la última orden de trabajo fue suscrita por el demandante el 3 de febrero de 2009 y el 27 de febrero de 2012 solicitó ante la administración el reconocimiento del contrato realidad, es

evidente que no operó tal fenómeno.

Así las cosas, la sentencia objeto de apelación deberá ser confirmada atendiendo a las precisiones expresadas en los acápites precedentes relativos a la prescripción de la acción y a la devolución de la retención en la fuente y pago de las vacaciones, siempre que tal devolución y reconocimiento hayan sido concedidos a los empleados de planta de la entidad que desempeñaban la misma labor, avalando la decisión de la primera instancia de reconocer al actor los aportes por salud y pensión y el tiempo laborado para efectos pensionales.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**F A L L A:**

**CONFÍRMASE** la sentencia de 23 de mayo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, dentro del proceso promovido por el señor ESTEBAN PATERNOSTRO ANDRADE contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- Regional Magdalena, conforme quedó expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**