



Radicado: 47001-23-33-000-2014-00069-01 (5129-2016)
Demandante: Jairo Manuel Aguas Bolaño

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 47001-23-33-000-2014-00069-01 (5129-2016)
Demandante: JAIRO MANUEL AGUAS BOLAÑO
Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Temas: Contrato de prestación de servicios. Carga de la prueba. Ausencia de elementos probatorios que demuestren el encubrimiento de una relación laboral a través de una contractual.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-42-2019

ASUNTO

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 17 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena que accedió a las pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA¹

El señor Jairo Manuel Aguas Bolaño, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

Pretensiones²:

1. «[...] Revocar y dejar sin efecto el acto administrativo No. 2-2013-002810 del 10 de julio de 2013 proferido por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, y reconocer que

¹ Folios 1 a 7.

² Folios 3 a 4.



entre mi patrocinado y la demandada existió vínculo laboral consecuencia de los servicios labores prestadas y ordenar el pago de las prestaciones sociales, vacaciones y viáticos de representación causados. [...]»

A título de restablecimiento del derecho, solicitó:

2. Condenar a la entidad demandada al pago de las prestaciones sociales a las cuales tiene derecho, desde el 2 de marzo de 2009 hasta el 18 de julio de 2011, tales como primas, cesantías, intereses a las cesantías, viáticos, vacaciones causadas y la sanción moratoria por el no pago de las prestaciones sociales a partir de la fecha en la cual inició su relación laboral.
3. Ordenar a la demandada a que pague las sumas adeudadas con base en el IPC actuarial, teniendo en cuenta como base para dicha actualización la suma de \$2.180.966 como último salario percibido.
4. Condenar a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

Fundamentos fácticos relevantes³:

1. El señor Jairo Manuel Aguas Bolaños prestó sus servicios laborales a favor del SENA, con funciones de formación profesional en el área de agricultura en el Centro Agropecuario de Gaira, durante 3 años, a través de órdenes de prestación de servicios, esto es, entre los años 2009 y 2011.
2. Los contratos fueron ejecutados de manera ininterrumpida, bajo la continua subordinación del SENA y, como consecuencia de ello, le fueron cancelados los diferentes valores pactados en las órdenes de prestación de servicios.
3. Las labores contratadas se ejecutaron de lunes a viernes, en un horario de 7 a.m. a 12 m. y de 1 p.m. a 4:30 p.m., «[...] así mismo las labores de coordinación eran ejecutadas por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, por intermedio de la Jefatura del Centro Agropecuario de Gaira que en ese momento era dirigido por el señor Reinaldo Rosado Viloria, Jefe del Centro, hoy día Centro Agroindustrial de Gaira y por otros funcionarios, estableciéndose la subordinación permanente entre el SENA y el señor JAIRO MANUEL AGUAS BOLAÑOS. [...]»
4. Las labores contratadas se debían efectuar fuera de la sede del Centro Agropecuario de Gaira, esto es, en veredas, corregimientos, resguardos indígenas y cabeceras municipales, y cualquier ausencia debía ser justificada mediante permisos informados al jefe del centro.

³ Folios 1 a 3.



5. La formación ofrecida por el demandante se ajustó a la regulada en el artículo 47 de la Ley 115 de 1994, norma que rige los servicios y fines del SENA, razón por la cual, seguía las directrices impartidas y de manera subordinada a la entidad.
6. El demandante cumplía funciones idénticas a las desarrolladas por los instructores de planta del SENA, como «[...] impartir formación técnica a estudiantes matriculados en el área Pecuaria y apoyo a los alumnos en los proyectos de emprendimiento [...]» conforme a los programas dispuestos por el SENA, y se sujetaba a llamados de atención, directrices y reuniones de personal.
7. En la entidad existían vacaciones colectivas desde el 24 de diciembre hasta el 16 de enero para el personal de planta, situación que incluía al demandante y que afectó la discrecionalidad en la ejecución de los contratos.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL⁴

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.⁵

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvenición. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo⁶.

En el presente caso a folios 193 y 194, se indicó lo siguiente respecto a la etapa de excepciones:

«[...] Teniendo en cuenta lo previsto en el numeral 6º del artículo 180 del CPACA, **solo es procedente estudiar en esta audiencia las excepciones previas, consagradas en el artículo 100 del CGP, y las de cosa juzgada, caducidad,**

⁴ Folios 192 a 196 y CD a folio 197.

⁵ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. (2015) EJRLB.

⁶ Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.



Radicado: 47001-23-33-000-2014-00069-01 (5129-2016)
Demandante: Jairo Manuel Aguas Bolaño

transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva [...] En ese orden de ideas, las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y BUENA FE, serán resueltas al momento de resolver la sentencia, toda vez que las mismas antes que ser impedimentos procesales, constituyen verdaderas razones de fondo que sustentan la defensa de la parte demandada, dirigidas a cuestionar la ausencia de mérito de las pretensiones de la demanda. [...] DECISIÓN [respecto de la] PRESCRIPCIÓN EN LOS DEMÁS PROCESOS: Frente a los casos [...] 3 JAIRO AGUAS BOLAÑO [...] Con respecto a éstos casos la excepción de prescripción se revisará en la Sentencia. [...]» (Mayúscula, negrita y subrayado del original)

La decisión fue notificada en estrados. Las partes manifestaron estar de acuerdo.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última.⁷

En el *sub lite*, a folio 194, el Tribunal fijó el litigio así:

«[...] procede la ponente [a] señalar que el litigio se circunscribirá a determinar: En primer lugar si entre el SENA y los señores [...] JAIRO AGUAS BOLAÑO [...] Existió una relación laboral simulada o disfrazada mediante contratos de prestación de servicios. Y en segundo lugar, en caso de establecerse que hay contrato realidad, se determinará si los demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir con ocasión de los vínculos contractuales que se relacionan en las pretensiones [...]

» (Mayúscula del original)

Las partes manifestaron estar de acuerdo con la fijación del litigio planteada por el magistrado sustanciador. La decisión fue notificada en estrados y no se presentaron recursos.

SENTENCIA APELADA⁸

El Tribunal Administrativo de Magdalena, en sentencia escrita del 17 de agosto de 2016, ordenó:

«[...] 1. **DECLARAR** no probada la excepción de prescripción formulada por la parte demandada, de conformidad con los argumentos expuestos en las consideraciones de esta providencia. 2. **DECLARAR** la nulidad del oficio No. 2-21013-002810 del 10 de julio de 2013, que dio respuesta negativa a la petición elevada por el señor JAIRO MANUEL AGUAS BOLAÑO, tendiente a obtener el reconocimiento de una relación laboral desde el año 2009 hasta el año 2011, durante los períodos contratados. 3. Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA), a reconocer y pagar a favor de JAIRO MANUEL AGUAS BOLAÑO, el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta vinculados a dicha entidad, durante el período que prestó sus servicios (años 2009 a 2011), liquidadas conforme al valor pactado en el contrato

⁷ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB

⁸ Folios 265 a 276.



de prestación de servicios, sumas que serán ajustadas conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia, debidamente indexadas. **4. ORDENAR** al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA), a reconocer y pagar a favor de JAIRO MANUEL AGUAS BOLAÑO el valor equivalente a los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el período acreditado que prestó sus servicios, siendo ajustadas de conformidad a lo indicado en la parte motiva. [...] **5. Negar** las demás pretensiones de la demanda. [...]»

La anterior decisión la profirió con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el Tribunal señaló que no operó el fenómeno de la prescripción de los derechos laborales del demandante al considerar que, entre los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos por el señor Aguas Bolaño y el SENA no transcurrió un tiempo considerable para determinar que hubo períodos de cesación en la vinculación, y como su relación contractual finalizó, presuntamente, el 19 de octubre de 2011, este tenía hasta el 19 de octubre de 2013 para reclamar sus derechos, no obstante dicho término fue interrumpido el 3 de julio de 2013, fecha en la cual elevó la petición que dio lugar al acto administrativo demandado.

Acto seguido, hizo referencia a los antecedentes normativos del denominado contrato realidad y a la posición jurisprudencial del Consejo de Estado en lo que tiene que ver con los docentes contratados por prestación de servicios.

Luego, frente a los elementos constitutivos del contrato de trabajo señaló que de las órdenes de prestación de servicios allegadas al plenario se podía concluir que el demandante se obligó a prestar personalmente sus servicios al SENA como formador del área pecuaria a los aprendices a su cargo.

De igual forma, respecto de la remuneración indicó que se probó a través de las OPS que el señor Aguas Bolaño percibió una suma de dinero como contraprestación y que en el año 2009 se pactó el pago de \$9.713.700 y en el 2010 había ascendido a \$10.364.500.

Respecto a la continuada subordinación y dependencia, el Tribunal se abstuvo de valorar el testimonio del señor Jairo John Abello y consideró probado este elemento con sustento en que la labor desempeñada por el demandante no era independiente ni autónoma porque esta era gobernada por los coordinadores académicos del SENA, motivo del cual concluyó que se trataba de una relación subordinada, prestada personalmente, con cumplimiento de una jornada laboral y por la cual, recibió una remuneración a cambio de sus servicios.

Asimismo, sostuvo que las órdenes de servicios se suscribieron continuamente por un período de tres años, situación que evidenciaba el ánimo de la entidad demandada por emplear al señor Jairo Manuel Aguas Bolaño de modo permanente y continuo como formador en el área pecuaria del SENA.



Radicado: 47001-23-33-000-2014-00069-01 (5129-2016)
Demandante: Jairo Manuel Aguas Bolaño

RECURSO DE APELACIÓN⁹

La entidad demandada manifestó su inconformidad frente a la sentencia de primera instancia, al considerar que, contrario a lo manifestado por el tribunal de conocimiento, no existe en el expediente ninguna prueba que demostrara que el demandante se encontrara en subordinación respecto al SENA. Así, sostuvo que no obran pruebas documentales de imposición de órdenes, como tampoco hay llamados de atención, memorandos o comunicaciones de horarios preestablecidos.

Sostuvo que la insuficiencia probatoria no puede suplirse de manera subjetiva para demostrar la existencia del contrato de trabajo y, por consiguiente, consideró que el *a quo* no tenía elementos probatorios suficientes que le hubiesen llevado a un grado de certeza sobre la presencia de una relación laboral.

De acuerdo con lo anterior, indicó que en el presente caso se pudo configurar una posible vía de hecho por defecto fáctico, para lo cual transcribió partes de la sentencia T-395 de 2010.

Asimismo, señaló que: i) los horarios en los que el demandante ejerció su objeto contractual fueron determinados por este y la entidad se ajustó a dicha situación; ii) el programa académico, su evolución y exámenes implementados fueron diseñados y ejecutados por el demandante; iii) los informes exigidos eran para la verificación del cumplimiento del contrato.

La apelante consideró que, contrario a lo indicado por el tribunal, el señor Aguas Bolaño no logró demostrar la configuración del elemento de subordinación, propio de la relación laboral, y que las pruebas documentales que sirvieron de sustento para la decisión del *a quo* eran insuficientes.

De otro lado, solicitó acoger la tesis de que el fenómeno prescriptivo sí es aplicable en contrato realidad cuando no se reclama su existencia dentro de los tres años siguientes, para lo cual hizo referencia a la sentencia del 9 de abril de 2014 con radicación 20001-23-31-000-2011-00142-01.

Sobre este tópico señaló que en el caso concreto existieron interrupciones entre contratos de más de dos años, por lo que debe aplicarse el término prescriptivo a partir de cada uno de los diferentes periodos de contratación.

En consecuencia, solicitó revocar la sentencia de primera instancia para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

⁹ Ver folios 284 a 295.



Radicado: 47001-23-33-000-2014-00069-01 (5129-2016)
Demandante: Jairo Manuel Aguas Bolaño

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Tanto las partes demandante y demandada, como el Ministerio Público, guardaron silencio en esta etapa procesal según se advierte de la constancia secretarial obrante a folio 324 del expediente.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁰, el Consejo de Estado es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos.

De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso¹¹, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los planteamientos expuestos en el recurso de apelación.

Problemas jurídicos:

En ese orden, los problemas jurídicos que deben resolverse en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿En el caso del señor Jairo Manuel Aguas Bolaño se comprobó la configuración del elemento de la subordinación y dependencia continuada para determinar la existencia de una relación laboral con el Servicio Nacional de Aprendizaje, pese a haber sido contratado por prestación de servicios?

En caso afirmativo,

2. ¿En el *sub lite*, hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, frente a algunos o todos los periodos en los cuales estuvo

¹⁰ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

¹¹ «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. 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.»



vinculado el señor Aguas Bolaño y cómo debe restablecerse el derecho del demandante frente a los aportes a pensión?

Primer problema jurídico

¿En el caso del señor Jairo Manuel Aguas Bolaño se comprobó la configuración del elemento de la subordinación y dependencia continuada para determinar la existencia de una relación laboral con el Servicio Nacional de Aprendizaje, pese a haber sido contratado por prestación de servicios?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: en el presente asunto no se demostró de manera fehaciente la configuración del elemento de la subordinación y dependencia continuada. Lo anterior de acuerdo con las razones que a continuación se sustentan:

Contrato de prestación de servicios vs contrato realidad

El numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 consagra el contrato de prestación de servicios:

«**Artículo 32.** 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:

[...]

3. 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. [...]» (Subraya la Sala).

Dicha clase de contrato, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas.

Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios está la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual¹², y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes¹³.

¹² Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)

¹³ Ver sentencia C-614 de 2009.



329

Radicado: 47001-23-33-000-2014-00069-01 (5129-2016)
Demandante: Jairo Manuel Aguas Bolaño

De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público.

Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura¹⁴ y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal¹⁵.

Frente a este punto, se resalta que el Estado Colombiano ha ratificado convenios internacionales que propugnan por el trabajo en condiciones dignas lo cual hace obligatoria su aplicación en el ordenamiento interno, con el fin de evitar la vulneración del derecho fundamental al trabajo.

Al respecto, como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, ratificó el Protocolo de San Salvador: Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988; el cual en sus artículos 6 y 7 consagra el Derecho al Trabajo:

«[...] Artículo 6 Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.
2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Artículo 7 Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

- a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;

¹⁴ Ver sentencia del 10 de julio de 2014. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve. Radicación 05001233100020040039101 (0151-13). Francisco Zúñiga Berrio contra el Municipio de Medellín (Antioquia).

¹⁵ C-614 de 2009.



Radicado: 47001-23-33-000-2014-00069-01 (5129-2016)
Demandante: Jairo Manuel Aguas Bolaño

- b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;
- c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;
- d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;
- [...]
- h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales. [...]» (Subraya la Corporación)

Las disposiciones citadas, generan el deber del Estado Colombiano de otorgar esas garantías mínimas que deben permear la materialización del derecho al trabajo, por cuanto en los artículos 1 y 2 del citado Protocolo de San Salvador¹⁶ se consagró la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias en su orden interno y en cooperación con los demás; para efectivizar los derechos que en el Protocolo citado se reconocen, entre ellos, al trabajo.

De allí que en el artículo 53 de la Carta Política elevó a rango constitucional el derecho al trabajo con unos principios mínimos fundamentales, al respecto:

«ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.» (Subraya la Sala).

Dicho canon constitucional, consagra precisamente el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en materia laboral, que responde a las normas de rango supra y constitucional sobre las condiciones dignas del trabajo, señaladas, el cual se desarrolla seguidamente.

¹⁶ **«Artículo 1 Obligación de Adoptar Medidas.** Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Artículo 2 Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.»



Radicado: 47001-23-33-000-2014-00069-01 (5129-2016)
Demandante: Jairo Manuel Aguas Bolaño

Elementos que naturalizan la relación laboral

En el anterior hilo argumentativo, para la jurisprudencia, el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: **i)** la prestación de servicio es personal; **ii)** bajo subordinación continuada; y **iii)** remunerada.

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

En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad se aplica cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales.¹⁷

En el caso concreto y conforme con el recurso de apelación, debe analizarse si la parte demandante efectivamente demostró que, mientras fue contratado por prestación de servicios, estuvo bajo el elemento de subordinación o dependencia continuada frente al Servicio Nacional de Aprendizaje.

- **Subordinación y dependencia continuada**

Este elemento esencial del contrato de trabajo, según el artículo 23 del CST, es considerado por la doctrina como el determinante para distinguir la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, y que faculta al empleador para exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al tiempo, modo o cantidad de labores, así como para imponerle reglamentos y el poder disciplinario, teniendo en cuenta para ello, los límites constitucionales que imponen el respeto a la dignidad humana del trabajador y sus derechos mínimos, es decir, bajo criterios de razonabilidad y sin arbitrariedad. De acuerdo con lo anterior, la subordinación parte del poder de dirección respecto a las actividades de trabajo y como potestad disciplinaria del empleador para conservar el orden en la empresa, pero únicamente en lo atinente al ámbito laboral.

En ese sentido, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo regula:

¹⁷ Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.



«**Artículo 23. Elementos esenciales.** <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

[...]

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; [...]» (Subraya la Sala).

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-386 de 2000 indicó:

«[...] La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél. [...]»¹⁸

Colofón de lo expuesto, como subordinación y dependencia continuada se debe entender el elemento esencial y configurativo de la relación laboral, según el cual el empleador, en ejercicio de su potestad de dirección, puede exigir a sus empleados el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre el modo y la cantidad de trabajo, el cumplimiento de horarios para el desarrollo de este, y la imposición de los reglamentos internos, en cualquier momento, respetando la dignidad del trabajador y sus derechos mínimos constitucionales y laborales.

De acuerdo con lo anterior, frente a la subordinación o dependencia continuada se observa que según la documentación obrante en el expediente, el señor Jairo Manuel Aguas Bolaño fue vinculado al Servicio Nacional de Aprendizaje a través de contratos y órdenes de prestación de servicios, de la siguiente forma:

N.º OPS	Objeto	Periodo	Valor	Folio
329/09	«[...] prestación de servicios personales,	500 horas	\$9.713.700	10-12

¹⁸ Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.



Radicado: 47001-23-33-000-2014-00069-01 (5129-2016)
Demandante: Jairo Manuel Aguas Bolaño

	como instructor contratista, impartiendo horas de FORMACIÓN PROFESIONAL ORIENTADAS A LA CAPACITACIÓN DE POBLACIONES DESPLAZADAS EN EL DEPARTAMENTO DE MAGDALENA [...]»		(\$19.350 hora)	
329/09 Adición	<i>Ibidem</i>	110 horas	\$2.137.014 (\$19.350 hora)	13
349/10	<i>Ibidem</i>	700 horas	\$12.756.100 (\$18.223 hora)	14-16
325/11	<i>Ibidem</i>	350 horas	\$6.542.900 (\$18.694 hora)	17-20
715/11	<i>Ibidem</i>	500 horas	\$10.364.500 (\$20.729 hora)	21-24

De acuerdo con lo anterior, se advierte que el demandante fue contratado por el SENA con el fin de prestar sus servicios como formador profesional en el área pecuaria. Sin embargo, de las diferentes órdenes y contratos de prestación de servicios, por sí solos, no es posible determinar con exactitud los tiempos o periodos efectivamente laborados por el señor Aguas Bolaño y que permitan concluir el desarrollo continuo e ininterrumpido de las actividades mencionadas.

Al respecto, esta Subsección, al revisar un asunto similar, relativo igualmente a un contrato de prestación de servicios con el SENA cuyo objeto era desempeñar formación como instructor, determinó que el elemento de la subordinación requiere, para su configuración, que las funciones se ejecuten de manera continua e ininterrumpida durante el desarrollo del contrato, esto es, que exista una sujeción o dependencia constante de quien presta el servicio respecto de su contratante. En dicho caso, se sostuvo¹⁹:

«[...] 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.

En ese sentido, y atendiendo lo dicho por las declaraciones rendidas en el curso del proceso, si tenemos en cuenta que el horario de trabajo iniciaba a las 7 de la mañana y finalizaba a las 5 de la tarde (para un total de 10 horas) con un intervalo para almorzar, el cual no fue especificado pero que, por las reglas de la experiencia se puede estimar en una hora (para un total de 9 horas laborables) se podría determinar que, en caso de cumplir estrictamente con el horario señalado, para el primer contrato que era de 540 horas, este se había cumplido en un término de 60 días.

Por consiguiente, habría de concluirse que en el año 2005 la señora Clara Patricia Dávila Suárez laboró para el SENA un total de 60 días; de las tres órdenes de servicios suscritas en el año 2006 había laborado 152 días; en el 2007 serían 65 días; para el año 2008 un total de 100 días; 104 jornadas en el 2009; 106 días en el año 2010; en el año 2011 habría laborado 50 días en virtud del contrato 017 y cinco meses conforme con el contrato 748; asimismo, en el año 2012 serían cinco meses según el contrato 007 y 56 días de acuerdo con el contrato 729 de 2012; y en el año 2013 habría trabajado 112 días.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 10 de mayo de 2018. Consejero ponente Dr. William Hernández Gómez. Radicación 47001-23-33-000-2014-00123-01 (3257-16). Clara Patricia Dávila Suárez contra el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).



De acuerdo con lo anterior, no es posible afirmar de la sola lectura de los contratos de prestación de servicios que la señora Dávila hubiese prestado sus servicios a la institución demandada en forma continua e ininterrumpida, siendo este uno de los elementos que permiten inferir la existencia del contrato realidad.
[...]

Así las cosas, de la documental aportada por el SENA tampoco se puede extraer la existencia de una relación laboral continua e ininterrumpida pues en la mayoría de los casos no existe prueba de la fecha de inicio y finalización de las diferentes relaciones contractuales, por lo que no se definieron los extremos temporales en la relación laboral. [...]»

Conforme con ello, revisado el plenario se tiene que en la demanda se afirmó que el señor Jairo Manuel Aguas Bolaño cumplía un horario de trabajo que iniciaba de 7 a.m. a 12 m. y de 1 p.m. a 4:30 p.m., lo que significa que el demandante prestaba sus servicios 8,5 horas diarias. Por tanto, al realizar la operación aritmética se puede advertir que, al haber sido contratado por horas, el contratista habría ejecutado sus contratos en los siguientes tiempos:

Año	OPS	Horas contratadas	Horas contratadas convertidas en días ²⁰	Total de días laborados en el año ²¹
2009	329 ²²	610	72	72
2010	349	700	83	83
2011	325	350	41	100
	715	500	59	

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 finalización²³ 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 la *a quo*, para la Subsección no

²⁰ El resultado se obtiene de dividir el número total de horas contratadas entre las horas que, según la demanda, debía cumplir la demandante diariamente.

²¹ Esta columna corresponde a la sumatoria de días, obtenidos en la columna anterior, en X año.

²² Incluida la adición contractual (folio 13).

²³ En el expediente únicamente obran las actas de inicio de las OPS 325 y 715 de 2011 (fs. 151 vto. y 117 vto.) y el acta de liquidación de la OPS 325 de 2011 (f.153).



Radicado: 47001-23-33-000-2014-00069-01 (5129-2016)
Demandante: Jairo Manuel Aguas Bolaño

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 de cuenta del supuesto horario del «Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira», y aún 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 estas 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 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.

Asimismo, cabe precisar que la prueba testimonial practicada en el proceso no fue valorada por la *a quo* al considerar que, pese a la recepción de la declaración del señor Jairo John Abello por parte del Tribunal, esta persona no fue llamada a testificar por alguna de las partes, de acuerdo con la demanda y su contestación. Frente a este punto, la Subsección estima errónea la conclusión a la que llegó la falladora en primera instancia toda vez que, pese a no haberse solicitado su declaración, en la audiencia inicial sí se decretó el testimonio del señor Abello, sin que las partes manifestaran su inconformidad²⁴ y fue debidamente practicada con la participación tanto de la parte demandante como demandada, por lo que, a juicio de esta Sala subsanó cualquier situación que invalidara la declaración. No obstante lo anterior, la Corporación advierte que dicha situación no fue objeto de apelación en el presente caso y la entidad recurrente tampoco solicitó se valorara el testimonio, razón por la cual no puede ser analizado este.

Finalmente, se reitera que los plazos u horas contratadas en el *sub lite*, de acuerdo con los contratos de prestación de servicios, no permiten inferir el desarrollo de actividades de forma permanente e ininterrumpida en los periodos reclamados por el demandante.

Además, la Subsección no encuentra en el expediente otros medios de convicción, adicionales a los analizados, que permitan demostrar la configuración de la subordinación y dependencia continuada.

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.

²⁴ Ver folio 194 vuelto.



Decisión de segunda instancia

Se revocará la sentencia de primera instancia, al no haberse demostrado el elemento de la subordinación y dependencia continuada, constitutivo de la relación laboral, por parte del señor Jairo Manuel Aguas Bolaño, el cual fue el objeto del recurso de apelación.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente²⁵ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, éstos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁶, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

²⁵ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

²⁶ «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la



Radicado: 47001-23-33-000-2014-00069-01 (5129-2016)
Demandante: Jairo Manuel Aguas Bolaño

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso la Corporación condenará en costas de ambas instancias a la parte demandante y a favor de la entidad demandada, toda vez que se revocará en su totalidad la sentencia de primera instancia, de acuerdo con el numeral 4 del artículo 365 del CGP.

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

FALLA

Primero: Revocar la sentencia proferida el 17 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo de Magdalena que accedió a las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró el señor Jairo Manuel Aguas Bolaño en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).

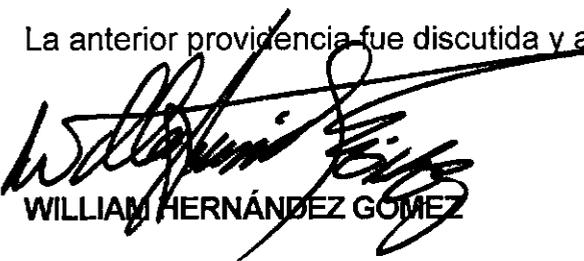
En su lugar, se deniegan las pretensiones de la demanda.

Segundo: Condenar en costas en ambas instancias al señor Jairo Manuel Aguas Bolaño y a favor del SENA, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia, las cuales se liquidarán por el *a quo*.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase.

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


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»