



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A
Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 10 de mayo de dos mil dieciocho

Radicación: 47001-23-33-000-2014-00123-01
Número interno: 3257-2016
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Clara Patricia Dávila Suárez
Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-068-2018

ASUNTO

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 30 de marzo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA¹

La señora Clara Patricia Dávila Suárez, 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:

Como pretensión anulatoria solicitó:

- Declarar la nulidad del acto administrativo 2-2013-004913 del 19 de noviembre de 2013.

A título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

- Pagar a favor de la demandante las prestaciones sociales, como son primas, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones, a que tenía derecho entre el 28 de julio de 2005 y el 30 de diciembre de 2013.
- Pagar a favor de la demandante la sanción moratoria por el no pago de las prestaciones sociales a partir de la fecha en que inició la relación laboral.
- Condenar a la indexación de las sumas adeudadas con base en el IPC actuarial, teniendo como base para dicha actualización la suma de \$2.652.100 como su último salario.
- Condenar a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

Fundamentos fácticos³

¹ Folios 1 a 8 del cuaderno 1.

² Folios 3 y 4 *ibidem*.

- La señora Clara Patricia Dávila Suárez prestó sus servicios al SENA, como formadora profesional en el área de floristería, entre los años 2005 y 2013 a través de distintos contratos de prestación de servicios, de manera ininterrumpida.
- Las labores contratadas se efectuaron en horario de lunes a viernes de 7 am a 12 m y de 1 pm a 4:30 pm y, en coordinación con la Jefatura del Centro Agropecuario de Gaira.
- Las actividades de aprendizaje eran ejecutadas por fuera de la sede del Centro Agropecuario y cualquier ausencia debía ser justificada.
- Las labores desempeñadas por la señora Dávila Suárez eran idénticas a las desarrolladas por otros instructores de planta del SENA y se sujetaban a llamados de atención, directrices y reuniones de personal con el jefe inmediato.
- Se presentó una verdadera relación laboral por concurrencia de todos sus elementos, como son la prestación personal del servicio, la continua dependencia y subordinación y la respectiva contraprestación.

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 reconvencción. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

³ Folios 1 a 3.

⁴ Folios 134 a 138 y CD a folio 133.

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

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.

A folio 461 del primer cuaderno y en los minutos 12:05 al minuto 28:45 del CD visible a folio 465, obra prueba de que en la etapa de excepciones previas se indicó lo siguiente:

«[...] Manifiesta la Magistrada Ponente que revisado el escrito de contestación, la parte demandada – SENA propuso las siguientes excepciones para cada caso:

El SENA propuso como excepciones para los casos 1, 2, 3, 6, 7 y 8

Inexistencia de la obligación y del demandado

Buena fe

Genérica

y PRESCRIPCIÓN

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

Teniendo en cuenta lo previsto en el numeral 6° 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, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva dispuestas en el numeral 6° del CPACA.

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 PRESCRIPCIÓN EN LOS DEMÁS PROCESOS:

Frente a los casos:

[...]

6. CLARA DAVILA

[...]

Con respecto a estos casos la excepción de prescripción se revisará en la Sentencia.»

La decisión quedó notificada en estrados.

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

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

A folio 462 y del minuto 28:50 al minuto 42:50 del CD de la audiencia inicial, el Tribunal fijó el litigio así:

«[...] Una vez concedido el uso de la palabra a las partes para que presentaran su teoría del caso, procede la ponente señalar que el litigio se circunscribe a determinar:

En primer lugar si entre el SENA y los señores:

[...]

CLARA DAVILA

[...]

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.

[...]».

SENTENCIA APELADA⁸

El Tribunal Administrativo de Magdalena, en sentencia proferida de forma escrita del 30 de marzo de 2016, resolvió:

⁸ Folios 537 a 547 del cuaderno 1.

«[...] **1. DECLÁRASE** la nulidad del oficio No. 2-2013-004913 del 19 de noviembre de 2013, que dio respuesta negativa a la petición elevada por la señora CLARA PATRICIA DAVILA SUAREZ, tendiente a obtener el reconocimiento de una relación laboral desde el año 2005 hasta el año 2013, durante los períodos contratados.

2. Como consecuencia de lo anterior, **ORDÉNASE** al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA), a reconocer y pagar a favor de CLARA PATRICIA DAVILA SUAREZ, 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 2005 a 2013), liquidadas conforme al valor pactado en el contrato de prestación de servicios, sumas que serán ajustadas conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia, debidamente indexadas.

3. ORDÉNASE al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA), a reconocer y pagar a favor de CLARA PATRICIA DAVILA SUAREZ, 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 con lo expuesto en la parte motiva

4. Declárase que el tiempo laborado se computará para efectos pensionales.

5. Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

[...]»

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

Frente a los elementos de la relación laboral sostuvo que, de las pruebas obrantes en el expediente, se demostró plenamente la prestación personal y continúa de los servicios de la demandante como instructora en el Sena en

diversas áreas de la agricultura, en la formación de los aprendices a su cargo. Igual situación aconteció con el elemento de la remuneración al evidenciarse de los contratos de prestación de servicios, las sumas de dinero que como contraprestación percibió entre los años 2005 y 2013.

Respecto al elemento de subordinación o dependencia, indicó que de las pruebas testimoniales recepcionadas en el transcurso del proceso se puede advertir que la demandante debía cumplir una jornada laboral y atender las directrices impartidas y asignadas por la entidad para el desarrollo de la labor encomendada. Asimismo, reiteró que la labor desempeñada por la demandante no era independiente ni autónoma, sino que se encontraba gobernada por los coordinadores académicos pertenecientes al SENA, por lo que concluyó que se consolidó la relación de subordinación.

De igual forma, observó que en el presente caso se suscribieron, de forma consecutiva, varios contratos de prestación de servicios entre la demandante y el SENA – Regional Magdalena, aproximadamente por 8 años, que permiten evidenciar el ánimo de emplear de forma permanente y continúa los servicios de la instructora.

De conformidad con lo anterior, concluyó que se configuraron los elementos de existencia del contrato realidad, lo que confirió a la demandante las prerrogativas de orden prestacional, a título de indemnización.

RECURSO DE APELACIÓN⁹

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Magdalena.

En primer lugar, manifestó su inconformidad con las órdenes contenidas en los ordinales tercero y cuarto, al sostener que la parte demandante no

⁹ Folios 560 a 568 del cuaderno 1.

reclamó en momento alguno el reconocimiento y pago de los aportes a salud y pensión, las cuales fueron canceladas por el contratista y, agregó que no es posible cancelar dos veces la misma obligación, por lo que le correspondía solicitar la devolución de los dineros.

De igual forma, señaló que las cotizaciones a salud es una obligación que se debe cancelar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, razón por la cual no es posible devolverse al trabajador.

En segundo lugar, consideró que en el proceso no se demostró la existencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, en tanto que no existe prueba de la subordinación de la señora Clara Patricia Dávila Suárez, como documentos en que se le impusieran órdenes de ineludible cumplimiento, llamados de atención o comunicación de horarios preestablecidos por el SENA.

El apelante indicó que la inexistencia probatoria no podía suplirse de manera subjetiva, motivo por el cual se configuró una vía de hecho por defecto fáctico. Por tal razón, sostuvo que los horarios en que la demandante ejerció sus actividades fueron definidos por ella y la entidad se ajustó a dichos horarios; el programa académico, su evolución, los exámenes por ella implementados para cumplir con el contrato, tuvieron autonomía en su diseño y ejecución; los informes presentados se exigían para la verificación del cumplimiento del contrato de prestación de servicios.

De conformidad con todo lo anterior, consideró que la demandante no logró demostrar la configuración de los tres elementos del contrato de trabajo, particularmente la subordinación a través de las pruebas documentales así como la testimonial allegada al proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Servicio Nacional de Aprendizaje¹⁰: Reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación.

¹⁰ Folios 595 a 599.

Parte demandante: No se pronunció en esta etapa procesal según constancia visible a folio 600.

Concepto del Ministerio Público: Guardó silencio según constancia visible a folio 600.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹¹, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso¹², el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Problemas jurídicos:

¹¹ 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.

¹² «**Artículo 328.** El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

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

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

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

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

En ese orden, los problemas jurídicos que deben resolverse en esta instancia se circunscriben a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en las siguientes preguntas:

¿En el caso de la señora Clara Patricia Dávila Suárez se comprobó el elemento de la subordinación o dependencia continuada, necesario para determinar la existencia de una relación laboral con el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, pese a haber sido contratada por prestación de servicios?

En caso afirmativo deberá resolverse el siguiente sub problema jurídico:

¿Para efectos de la respectiva condena, cómo debe restablecerse el derecho de la demandante frente a las cotizaciones adeudadas a salud y pensión?

Primer problema jurídico.

¿En el caso de la señora Clara Patricia Dávila Suárez se comprobó el elemento de la subordinación o dependencia (continuada), necesario para determinar la existencia de una relación laboral con el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, pese a haber sido contratada por prestación de servicios?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: no se demostró que la demandante se encontrara en situación de subordinación o dependencia continuada mientras prestó sus servicios como instructora del SENA en el Centro Agropecuario de Gaira en Magdalena, motivo por el cual no se puede declarar la existencia del contrato realidad deprecado. Lo anterior se sustenta en las razones que se suscitan a continuación:

El ordenamiento jurídico colombiano regula tres clases de vinculación al servicio público, con sus características o elementos que las tipifican y su

régimen jurídico propio. Estas son: **i)** la vinculación legal y reglamentaria¹³; **ii)** la laboral contractual¹⁴; y **iii)** la contractual o de prestación de servicios¹⁵.

La vinculación por contratos de prestación de servicios se rige por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993¹⁶. Dicha forma contractual, 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 esta la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e

¹³ la vinculación legal y reglamentaria es la forma predominante de acceso a cargos públicos, la cual está dirigida a la vinculación de los empleados públicos. Por empleado público debe entenderse aquella persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

De acuerdo con la jurisprudencia, los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona se desempeña como empleado público son, en principio: i) la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad; ii) la determinación de las funciones propias del cargo; y iii) la existencia de recursos para proveer el cargo.

¹⁴ La relación laboral contractual es la forma de vinculación de los trabajadores oficiales, la cual se realiza a través de contrato de trabajo de acuerdo con la normatividad prevista en el Código Sustantivo del Trabajo y normas concordantes. Estos, si bien desempeñan empleos públicos, cuentan con derechos y reglamentación propia.

Así, el decreto 3135 de 1968 define que, en principio, trabajadores oficiales son aquellos que se dedican a la construcción y sostenimiento de obras públicas y, aquellos que prestan sus servicios en empresas industriales y comerciales del Estado, en este último caso con la excepción de quienes realicen actividades de dirección y confianza que ostentan la calidad de empleados públicos.

¹⁵ La vinculación a través de contratos de prestación de servicios, la cual se regula por el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993. Las personas vinculadas a través de este sistema se denominan contratistas, quienes tienen por finalidad desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, siempre que estas no puedan ser ejercidas por el personal de planta o por que requieran de conocimientos especializados para ello.

¹⁶ «**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. [...]

independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual¹⁷, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes¹⁸.

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 figura¹⁹ 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 estatal²⁰.

Ahora bien, el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: **i)** la prestación de servicio es personal; **ii)** subordinada; y **iii)** remunerada.

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

En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad, sostiene la jurisprudencia, se aplica cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales.²¹

¹⁷ 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)

¹⁸ Ver sentencia C-614 de 2009.

¹⁹ 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).

²⁰ C-614 de 2009.

²¹ Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.

Ahora, en el *sub examine*, se tiene que la inconformidad del apelante radica precisamente en que el tribunal concluyó que existía un contrato realidad sin que en el expediente se encontrara plenamente demostrado el elemento de la subordinación continuada, el cual resulta necesario para que se constituya la relación laboral.

De acuerdo con lo anterior, precisa esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo.²²

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

Conforme con la documentación obrante en el expediente y aportada por la parte demandante, la señora Clara Patricia Dávila Suárez fue vinculada al Servicio Nacional de Aprendizaje a través de contratos y órdenes de prestación de servicios, de la siguiente forma:

N.º de contrato u orden	Periodo	Valor	Objeto	Folios
217 de 2005	540 horas	\$7.573.975	Impartir formación profesional en el área de cultivo de flores de corte para exportación en el municipio de Santa Marta, en el Programa Innovación y Desarrollo Tecnológico y Productivo.	9
164 de 2006	360 horas	\$5.891.472	Impartir formación profesional en el área agrícola de conformidad con los contenidos curriculares y metodología pedagógica definida por el SENA	10
97 de 2006 ²³	700 horas	\$11.410.000	Ibídem	11

²² Para el efecto, en providencia del 15 de septiembre de 2016, con ponencia del Consejero Gabriel Valbuena Hernández y radicación 68009-23-31-000-2009-00691-01 (1579-15), se sostuvo lo siguiente: «[...] Por todo lo anterior, es evidente la falta de actividad probatoria de la parte demandante de quien, como se dijo, dependía exclusivamente dicha carga según el aforismo «*onus probandi incumbit actori*», dirigida en este caso a desvirtuar: (i) la naturaleza contractual de la relación establecida, con la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos de la relación laboral, en especial la subordinación o dependencia del cual claramente se pudiera inferir que el desarrollo de la actividad encomendada se tuvo que desplegar conforme a los parámetros, órdenes y horarios señalados por la ESE Francisco de Paula Santander; y (ii) los extremos temporales respecto de los cuales predicaba la existencia de un contrato realidad, pues sólo de esta manera era viable acceder a las pretensiones formuladas, por lo que se impone para la Sala confirmar la sentencia apelada en cuanto el *a quo* negó el *petitum* de la demanda, por las razones expuestas. [...]»

²³ Cedido por José Rafael Sánchez Valero el 7 de junio de 2006 (folios 12 a 13).

517 de 2006	300 horas	\$4.909.560	Ibídem	12
262 de 2007 ²⁴	580 horas en 6 meses	\$9.996.407	Impartir formación profesional en el departamento de Magdalena en la especialidad de cultivos y explotación de flores tropicales siguiendo los contenidos curriculares y metodología pedagógica definida por el SENA	16
65 de 2008	470 horas en 4 meses y 15 días	\$8.479.684	Impartir formación profesional en el departamento de Magdalena en la especialidad de flores de corte para exportación siguiendo los contenidos curriculares y metodología pedagógica definida por el SENA	17
562 de 2008 ²⁵	420 horas en 5 meses	\$7.577.590	Prestación de servicios personales, como instructor contratista, impartiendo horas de formación profesional integral en el área de producción agrícola con énfasis en cultivo de flores de corte y agroecología	18 a 20
130 de 2009	371 horas	\$7.207.565	Prestación de servicios personales, como instructor contratista, impartiendo horas de formación profesional integral en el área agrícola en los diferentes programas adelantados en el centro del departamento de Magdalena en la vigencia 2009	21 a 23
562 de 2009	550 horas	\$10.685.070	Prestación de servicios personales, como instructor contratista, impartiendo horas de formación profesional integral y asesoría en el área agrícola en el programa de formación titulada, del centro en el departamento de Magdalena en la vigencia 2009	24 a 27
083 de 2010 ²⁶	950 horas	\$19.195.700	Prestación de servicios personales, como instructor contratista, impartiendo horas de formación profesional integral y asesoría en el área agrícola en el programa de formación titulada, del centro en el departamento de Magdalena en la vigencia 2010	42 a 44
017 de 2011	450 horas sin exceder del 31/12/11	\$11.170.350	Prestación de servicios personales de carácter temporal como instructor impartiendo formación profesional integral, apoyar el desarrollo de las actividades de formación titulada. Formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizaje	28 a 31
0748 de 2011	5 meses sin exceder del 31/12/11	\$14.420.000	Ibídem	32 a 35
0007 de 2012	5 meses sin exceder del 30/06/12	\$13.000.000	Ibídem	48 a 50
729 de 2012	500 horas sin exceder del 30/12/12	\$12.874.500	Ibídem	45 a 47
202 de 2013	1000 horas sin exceder del 31/12/13	\$26.521.000	Ibídem	51 a 53

De acuerdo con lo anterior, se advierte que la demandante estuvo vinculada al SENA con el fin de prestar sus servicios en diferentes especialidades de la

²⁴ Modificado a través de otrosí del 1 de agosto de 2007 en el sentido de que la duración sería de 5 meses.

²⁵ Adicionado en 100 horas, por valor de \$1.804.188 (folio 40).

²⁶ Adicionado en 250 horas, por valor de \$4.555.750 (folio 41).

agronomía, especialmente en el área de la floricultura. No obstante, de las órdenes y contratos de prestación de servicios, por si solos, no es posible determinar los tiempos o periodos efectivamente laborados que permitan concluir la prestación continua e ininterrumpida del mismo.

Así, debe recordarse que el elemento de la subordinación requiere, para su configuración, que esta se ejecute de manera continua e ininterrumpida durante el desarrollo del contrato, es decir, que exista una sujeción o dependencia constante de quien presta el servicio respecto de su contratante, elementos que no fueron demostrados en el presente caso.

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

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 habría 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 habría 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.

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.

Luego, de las actas de inicio y finalización²⁷ de las distintas órdenes y contratos, aportados por la parte demandada se obtiene lo siguiente:

Contrato	Término	Acta de Iniciación	Acta de Finalización	Duración
O.S. 164/06	360 horas	15.02.06 ²⁸	15.08.06 ²⁹	6 meses
O.S. 097/06	700 horas	01.08.06 ³⁰	-----	N/A
O.S. 517/07	300 horas	19.04.07	09.07.07 ³¹	2 meses 20 días
C.P.S. 130/09	371 horas	-----	27.05.09 ³²	N/A
C.P.S. 017/11	450 horas	14.02.11 ³³	-----	N/A
C.P.S. 748/11	5 meses	19.07.11 ³⁴	-----	5 meses
C.P.S. 729/12	500 horas	16.07.12 ³⁵	-----	N/A

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.

Ahora, de las declaraciones recibidas al interior del proceso se encuentra lo siguiente:

- **Del testimonio del señor Jairo Jhon Abello³⁶:**

«[...] La ingeniera Clara Patricia es colega, ingeniera agrónoma, se desempeñó en el área agrícola en el Centro, en el área específica de flores, al igual ella desarrollaba sus labores en el Centro, hay un área específica de floricultura, teníamos unas flores exóticas y la compañera era la encargada de esa área. Al igual, como todos los contratistas, mensualmente rendía informes, pasaba las planillas y hacía la planeación del mes siguiente y requerimientos de material de formación. **Preguntado:** ¿Podría precisarle al despacho en qué fecha ingresó y hasta cuándo estuvo la señora clara Dávila Suarez? **Contestó:** ella estuvo hasta el 2013 y desde el 2005 Clara Patricia estuvo allá con nosotros. **Preguntado:** ¿Podría precisarle al despacho si

²⁷ En el expediente no obra la totalidad de actas de inicio y finalización de los contratos, razón por la cual solo se tomaron las actas relacionadas en la tabla.

²⁸ Folio 217.

²⁹ Folio 221 vto.

³⁰ Folio 224.

³¹ Folio 189.

³² Folio 134.

³³ Folio 203.

³⁴ Folio 324.

³⁵ Folio 360

³⁶ Minuto 1:06:40 en delante de la grabación de la audiencia de pruebas obrante a folio 515.

usted tenía contacto directo con ella, estaban en la misma área de formación, se veían a diario o usted la vio desempeñarse en sus funciones a las que hizo ahora referencia? **Contestó:** si, el contacto con Clara era a diario, ella estaba en el área agrícola, específicamente ella tenía a cargo el área de cultivo de flores entonces nos veíamos a diario. **Preguntado:** ¿Cuándo usted dice que ella tenía a cargo el cultivo de flores, era algún proyecto de la entidad o ella tenía asignados grupos de alumnos, un proyecto de la entidad y a cargo tenía grupos específicos en la formación de flores? **Contestó:** Esos grupos eran de manera permanente. **Preguntado:** ¿Durante todo el tiempo que usted afirma que ella laboró, ella tenía asignados alumnos? **Contestó:** Si, ella tenía aprendices a cargo y de una formación, los que estaban específicos en el área y además todos los que estaban en el área agrícola pasaban por esa área. **Preguntado:** ¿Podría usted señalarle al despacho quien era la persona que ejercía control sobre las funciones que desempeñaba la señora Clara Dávila? **Contestó:** En la parte de formación, el coordinador de formación, como tal la parte del proyecto productivo también debió tener relación con el administrador del centro porque allí, aparte de eso, se maneja la modalidad formación producción, entonces era un área productiva y como tal periódicamente se hacían cortes que se hacían llegar a la administración. **Preguntado:** ¿Ese proyecto era de carácter permanente o fue durante un periodo de tiempo determinado? **Contestó:** Ese proyecto nació con Clara Patricia en el centro y mientras estuvo ella funcionó ese proyecto de flores. **Preguntado:** ¿Y los grupos de alumnos que le eran asignados? **Contestó:** Si. **Preguntado:** ¿Tiene conocimiento si ella desempeñaba estas labores en algún horario específico? **Contestó:** en el centro, específico, claro porque los grupos entran a las 7 de la mañana hasta las 4.30 de la tarde. **Preguntado:** La ingeniera Clara, durante la ejecución contractual que se comentó, desarrolló ese programa de flores a favor del SENA, ¿con qué objeto el SENA instauró ese programa de flores? **Contestó:** esos proyectos se establecen allá como proyecto de aprendizaje, son proyectos de formación y se convierten en ambientes de aprendizaje de los grupos que están a cargo, en este caso los muchachos del área agrícola, específicamente los de flores, ese era el ambiente donde desarrollaban sus actividades de formación. **Preguntado:** Como quiera que usted es ingeniero agrónomo, para que ese programa o esas flores que se cultivaban en el Centro Agropecuario de Gaira, digamos, pudieran crecer o pudieran desarrollarse, ¿era indispensable que en esa sede existiera un ingeniero agrónomo, como es el caso de la señora Clara, para que ese cultivo llegara a su objetivo teniendo en cuenta su conocimiento profesional? **Contestó:** si claro, se necesitó una persona con conocimiento específico, en este caso Clara siempre estuvo al frente de eso. **Preguntado:** ¿Existía algún profesional de planta o ingeniero de planta que desarrollara ese programa de flores? **Contestó:** no, hasta donde yo tengo conocimiento, el proyecto nació con Clara y hasta que estuvo Clara estuvo ese proyecto allá. **Preguntado:** Conforme a lo declarado, ¿las actividades que desarrollo la ingeniera Clara durante la ejecución contractual eran

propias de un funcionario de planta del SENA? **Contestó:** si, como tal Clara tenía el horario con el que entraba el grupo y salía con el grupo, y tenía las funciones de cualquier instructor de planta. **Preguntado:** ¿La señora Clara, durante la ejecución del contrato, se vio obligada a realizar instrucción fuera de la sede principal del centro agropecuario? **Contestó:** no lo tengo claro. [...]»

De la declaración del señor Abello debe indicarse que este fue preciso en que la demandante prestó efectivamente sus servicios en el Centro Agropecuario de Gaira en Magdalena, entre los años 2005 y 2013; que la señora Dávila Suárez era instructora del área de agronomía y que su especialidad era la floricultura, sobre el cual manifestó que esta desarrollaba un proyecto paralelo a su función de instrucción y formación, el cual permaneció mientras la demandante estuvo vinculada a la entidad.

De igual forma, el testigo confirmó la existencia de un horario en el Centro Agropecuario (de 7 a.m. a 4:30 p.m.) al cual se apegaba la demandante; que había funcionarios del SENA que ejercían control sobre las actividades que, como instructora, realizaba la señora Dávila Suárez y respecto de su proyecto de cultivo de flores; y que tenía las mismas funciones de cualquier instructor de planta, así como no existía dentro del personal o contratista de la entidad, persona capacitada para desarrollar el proyecto del floricultivo.

- **Del testimonio del señor Arístides Blanquiceth Córdoba³⁷:**

«[...] De ella tengo muchos más conocimientos porque la labor que desarrolló ella fue exactamente en el Centro Agropecuario, donde estableció numerosos cultivos de flores, desarrollando su formación con los aprendices, de eso si puedo dar fe. Prácticamente desarrolló formación en floristería y cada quien en su especialidad, yo en ese tiempo la observé desarrollando su formación con los aprendices, en el Centro debe haber evidencia de los cultivos que fueron establecidos. **Preguntado:** ¿Podría precisar al despacho en qué fecha, mes o año ingresó a laborar al SENA la señora Clara Dávila? **Contestó:** yo tengo conocimiento que entró en el 2005 y dejó de laborar en el 2013. **Preguntado:** Usted manifestó que las funciones que ella desempeña era en el Centro Agrícola de Gaira, ¿tenía ella asignada alguna oficina un salón de clases? **Contestó:** la formación del SENA se caracteriza primero porque uno desarrolla la formación en aulas y luego la complementa en ambientes en el campo, entonces ella combinaba las dos actividades o las dos labores. En la parte de conceptualización en aulas y la parte técnico practica en el campo. **Preguntado:** ¿Impartía formación en floristería? **Contestó:** exactamente, en floristería. **Preguntado:** ¿Podría precisarle al despacho si dentro de los instructores de planta del SENA había otra

³⁷ Del minuto 30:15 en adelante de la grabación 2 de la audiencia de pruebas obrante a folio 515.

persona que desempeñara esas labores de instrucción en floristería? **Contestó:** en el centro no, de pronto por fuera sí, pero no preciso. **Preguntado:** ¿Tiene usted conocimiento, ya que ha afirmado que mantuvo una relación más cercana con esta demandante, si ella cumplía algún horario de trabajo que le era impuesto o exigido por la entidad? **Contestó:** uno dice impuesto, ordenado más bien, la entrada era a las 7 am y se desarrollaba actividad en la mañana. Había de pronto un intervalo de tiempo donde la persona o el instructor tenían que tomar el almuerzo y luego, a la 1:30, tenía que continuar su trabajo hasta las 4:30 o 5 de la tarde. **Preguntado:** Usted comenta que la ingeniera Clara, durante el tiempo que trabajó en el SENA, desarrolló un programa de flores ¿aparte de la formación que usted afirmó desarrolló a favor del SENA, respecto de los aprendices, ella se veía obligada, si le consta, a los cuidados de esas flores, al crecimiento de ese jardín, con el objeto de que se comercializaran esas flores a favor del SENA? **Contestó:** a la señora clara, yo la vi tan compenetrada y con un sentido de pertenencia, que ella muchas veces, en bien de los aprendices, y para que los aprendices asimilaran mayores conocimientos, la vi laborando también en la parte ambiental en residuos sólidos, de pronto como dentro de la agricultura eso es una disciplina que debe ir inmersa, entonces también la observaba desarrollando esas actividades. **Preguntado:** Conforme a lo manifestado y como usted es instructor de plana del SENA, ¿las funciones que desarrolló la señora Clara durante el tiempo de servicio en el Centro Agropecuario de Gaira eran iguales a la de un instructor de planta? **Contestó:** exactamente, digamos, no iguales pero si parecidas, como ya le dije hace un rato en otro aparte, si yo desarrollo formación en palma tengo que desarrollar todos los conocimientos en palma porque me corresponden, ella exactamente en flores, que fue su especialidad, también le tocaba desarrollar la formación como la tiene que desarrollar un instructor de planta pero, ya le digo, cada quien en su especialidad, ella en flores yo en palma de aceite. **Preguntado:** ¿Tiene conocimiento si en la entidad existía, en el momento que estaba la señora Clara Dávila, algún instructor de planta que tuviera conocimiento en floristería? **Contestó:** no tengo, no lo tengo porque yo siempre, prácticamente, la observaba a ella desarrollando esa labor, actividad en ese tipo de formación. [...]»

Por su parte, del testimonio del señor Córdoba se reafirma que la demandante prestó sus servicios entre el año 2005 y 2013 en el Centro Agropecuario de Gaira, como instructora del área agropecuaria, especialmente en la especialidad de floristería. Adicionalmente, se reitera la existencia de un horario en la institución (de 7 a.m. a 5 p.m.), y la inexistencia de personal de planta que pudiera estar a cargo del proyecto del cultivo de flores.

De acuerdo con el *a quo*, los testimonios citados permiten advertir la subordinación propia de la relación laboral, en tanto que la demandante

debía cumplir una jornada laboral y atender las directrices impartidas o asignadas por la entidad para el desarrollo de la labor encomendada, actividad que no era independiente ni autónoma porque se encontraba gobernada por los coordinadores académicos del SENA.

Sin embargo, esta Subsección no comparte la conclusión a la que arribó el Tribunal Administrativo de Magdalena por las siguientes razones:

1. En primer lugar, si bien los testimonios son contestes en el hecho de que en el Centro Agropecuario de Gaira se tenía un horario de siete de la mañana a cinco de la tarde y que la demandante se apegaba al mismo, no existe referencia alguna a que la señora Dávila Suárez estuviera en la obligación de cumplir el mismo.

En ese sentido se advierte que, entre los medios de prueba allegados al proceso, no obra información alguna que permita advertir el deber de la demandante de acogerse a dicho horario o las consecuencias legales o contractuales negativas en caso de su incumplimiento. Y de los testimonios recaudados tampoco se puede concluir que existieran órdenes por parte de los funcionarios del SENA, dirigidas a la señora Clara Patricia Dávila Suárez, tendientes al estricto cumplimiento del horario del Centro Agropecuario.

2. En segundo término, las respuestas de los testigos tampoco fueron lo suficientemente precisas para demostrar que la señora Dávila Suárez se encontrara subordinada a las exigencias de los funcionarios del SENA, y particularmente del coordinador de formación, pues en momento alguno hicieron referencia a órdenes que se le hubieran impartido a la demandante, ya fuera como instructora del área agrícola o como parte del proyecto de floricultura que ella desarrollaba.
3. Sobre la labor desarrollada en condiciones de dependencia continuada, tampoco obra referencia, por parte de los testigos, de que las actividades desarrolladas por la demandante debieron ejecutarse en forma diferente a la convenida en los contratos de prestación de servicios, es decir, no hay declaración alguna 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.

Debe advertirse que, actividades como rendir informes mensuales de la ejecución del contrato, pasar planillas o hacer la planeación académica del mes siguiente, no pueden considerarse, por sí mismas, como elementos de subordinación laboral, pues hacen parte de la ejecución y

de las relaciones de coordinación propias del contrato de prestación de servicios.

4. Frente a la ejecución del proyecto de cultivo de flores exóticas, tampoco puede concluirse que haya una relación de subordinación y dependencia continuada respecto del SENA, pues los testigos no estuvieron en capacidad de confirmar que dicho proyecto se realizara por orden de la entidad contratante. En efecto, a juicio de esta Corporación y ante la ausencia de medios de prueba que permitan determinar que el proyecto citado fue desarrollado por la señora Dávila Suárez por orden de los funcionarios del SENA, debe concluirse que el mismo fue parte de la propuesta académica de la demandante para efectos del contrato de prestación de servicios.
5. En cuanto a la inexistencia de instructores de planta capacitados para desarrollar el proyecto del floricultivo, tampoco se puede predicar que dicha situación sea determinante para definir una relación de subordinación continuada entre el SENA y la señora Clara Patricia Dávila Suárez, ello en tanto que de los testimonios no se puede concluir que el cultivo de flores exóticas fuera un proceso permanente del Centro Agrícola de Gaira pues ambos testigos son precisos en indicar que este sólo funcionó mientras la demandante prestó sus servicios allí.

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

En conclusión: En consecuencia, se reitera, 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 los elementos del contrato realidad, particularmente la subordinación continuada, considera esta Corporación que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena el 30 de marzo de 2016 debe ser revocada.

Decisión de segunda instancia

Al no haberse demostrado el elemento de la subordinación, constitutivo de la relación laboral, por parte de la señora Clara Patricia Dávila Suárez se

revocará la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena el 30 de abril de 2016.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente³⁸ 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, estos 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.

³⁸ 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.

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 CGP³⁹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

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 a la parte demandante por haberse resuelto el recurso de apelación en su contra y a favor de la entidad demandada, y por haber actuado en segunda 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 30 de abril de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena en el caso de la señora Clara Patricia Dávila Suárez en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En su lugar, se dispone por esta Corporación negar las pretensiones de la demanda.

³⁹ «**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 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: [...]»

Segundo: Condenar en costas en ambas instancias a la señora Clara Patricia Dávila Suárez 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 y 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

