



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 3

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE:	GERMÁN GUTIÉRREZ GÓMEZ
DEMANDADO:	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-
REFERENCIA:	15759-3333-002-2019-00113-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	CONTRATO REALIDAD
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA - Confirma la decisión – accede parcialmente a pretensiones

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de primera instancia proferida el 21 de enero de 2021 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA (arch. 1)

- **Declaraciones y condenas**

1. El señor GERMÁN GUTIÉRREZ GÓMEZ, a través de apoderado judicial, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, con el fin de obtener la nulidad de las resoluciones Nos. 989 de 18 de septiembre de 2018 y 1377 de 05 de diciembre de 2018, expedidos por el director regional de Boyacá del SENA, por medio de las cuales se negó la existencia de una relación laboral, así como el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, seguridad social y demás derechos existentes con la demandada durante el tiempo laborado.

2. A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se declare la existencia de un contrato de trabajo de manera ininterrumpida entre el 4 de septiembre de 2011 y el 14 de diciembre de 2016; así mismo, que se ordene el pago de una indemnización equivalente al valor de los derechos salariales y prestacionales por el periodo laborado, así: salarios y/o diferencias salariales, cesantías, interés a las cesantías liquidados al

24% anual, vacaciones, prima de vacaciones, dotaciones, primas de todo orden, horas extras con los recargos correspondientes, dominicales, festivos y las bonificaciones que recibieran los empleados de planta de la entidad. De igual forma, pidió el pago de los dineros dejados de cancelar por pólizas únicas de cumplimiento y retenciones,

3. Finalmente solicitó que se declare que no ha existido solución de continuidad, que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA y se condene en costas a la demandada.

- **Fundamentos fácticos**

4. Como fundamentos fácticos de la demanda, el apoderado de la parte demandante enunció los que se resumen enseguida:

- El señor Germán Gutiérrez Gómez, fue contratado por el SENA para prestar servicios personales entre el 4 de septiembre de 2011 y el 14 de diciembre de 2016, habiéndosele asignado labores de instructor, según los horarios que para el efecto fijaba el Subdirector y los diferentes Coordinadores del Centro Nacional Minero de la Regional Boyacá con sede en Sogamoso, con turnos de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 4:00 p.m.
- La vinculación se efectuó sucesivamente mediante contratos de prestación de servicios profesionales, siendo la última, la No. 227 de 28 de enero de 2016, por un término de 10 meses y 14 días por valor de \$33.598.000.
- Indicó que el demandante no disfrutaba de autonomía en la prestación del servicio. Adujo que dada la sistemática renovación de los contratos, se desvirtúa el carácter temporal y las funciones ejercidas están encaminadas a satisfacer necesidades propias y permanentes de la administración.
- Agregó que el 14 de diciembre de 2016, el demandante fue notificado que no sería renovada la orden de prestación de servicios y se dio por terminada la relación de trabajo de manera injustificada.
- Consideró que el demandante no se encontraba obligado a pagar el total de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social, ni las pólizas de cumplimiento.

- El 29 de agosto de 2018, elevó solicitud ante la demandada, para efectos del reconocimiento de salarios y prestaciones, así como la devolución de pagos y retenciones ilegales, lo que dio lugar a los actos administrativos impugnados.
- Mencionó que prestó sus servicios con eficiencia, responsabilidad, decoro y lealtad, sin que haya tenido sanción alguna.

- **Fundamentos de derecho**

5. Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

- **Constitucionales:** Preámbulo y artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 53, 83, 121, 122, 123 y 209.
- **Legales:** Ley 80 de 1993 (artículo 32), Decreto 1950 de 1973 (artículo 7), Decreto 2400 de 1968 (artículo 2), modificado por el Decreto 3074 de 1968 (artículo 1), Ley 734 de 2002 (artículo 48).

6. De forma concreta, dijo que en el presente asunto se da un contrato realidad, dadas las labores ejecutadas y la naturaleza del trabajo, así mismo, por haber permanecido en la entidad por un lapso aproximado de 5 años. Indicó que la entidad utilizó este tipo de contrato para evadir de manera reprochable el pago de prestaciones sociales y demás derechos laborales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (arch. 6)

7. Dentro del término establecido para ello y a través de apoderado judicial, la entidad demanda se opuso a todas las pretensiones de la demanda, en consideración de los siguientes argumentos:

8. Luego de hacer alusión a diferentes sentencias de la Corte Constitucional, adujo que la vinculación que tuvo el demandante con el SENA fue a través de contratos de servicios de carácter temporal con periodos de tiempo definidos, cuya tipología, definición y naturaleza jurídica son señalados en el artículo 32 numeral 3 de la ley 80 de 1993.

9. Refirió que la Corte Constitucional, ha establecido que, en desarrollo de los contratos de prestación, no está excluida la posibilidad de que la entidad contratante imponga unas condiciones mínimas y tome medidas oportunas para lograr el cumplimiento a tiempo del objeto contractual, sin que por eso pueda entenderse que hay subordinación del contratista, como lo ha referido el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993.

10. Señaló que para el caso objeto de estudio, en sentencias del Consejo de Estado, se ha reiterado la posición de que no necesariamente implica subordinación el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de los superiores, o tener que reportar informes sobre los resultados, temas sobre los que se reclama en este caso, además el demandante aceptó las distintas vinculaciones con la entidad a través de contrato de prestación de servicios con las condiciones legales que dicha figura implica, con total autonomía en las condiciones de cumplimiento.

11. Adujo que, si bien entre la entidad demandada y el señor German Gutiérrez Gómez existió una coordinación, de ello no se siguió la existencia de una relación laboral, pues era necesario armonizar la actividad del SENA con la cumplida por los demás integrantes del proyecto educativo. Agregó que las actividades ejecutadas por el demandante podían ser desarrolladas de manera virtual, es decir que no se exigía una presencia permanente en la ejecución de sus actividades.

12. Hizo alusión a la temporalidad de los contratos, acaeciendo la solución de continuidad dispuesta en el Decreto 1045 de 1978 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, por cuanto existieron periodos extensos de tiempo donde no hubo vinculación contractual, debiendo haber presentado la respectiva reclamación al finalizar cada uno de esos contratos.

13. Finalmente propone como excepciones las que denominó: “Inexistencia del Derecho”; “Buena fe”; “Ausencia de subordinación”; “Inexistencia de los elementos de una relación laboral”; y “Prescripción”.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (arch. 32)

14. El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, mediante sentencia proferida el día el 21 de enero de 2021, resolvió:

“Primero.- Declarar no fundadas las excepciones denominadas: *inexistencia del derecho, ausencia de subordinación e inexistencia de los elementos de una relación laboral*, y abstenerse de decidir la llamada Buena fe, propuestas por el SENA.

Segundo.- Declarar la nulidad parcial de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. 000989 de 18 de septiembre de 2018, expedida por el Subdirector del Centro Minero del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA (Regional de Boyacá) y Resolución No. 001377 de 05 de diciembre de 2018, suscrita por el Director Regional Boyacá del SENA.

Tercero.- Declarar la existencia de relación laboral entre el señor GERMÁN GUTIÉRREZ GÓMEZ y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, derivada de

los contratos cuya ejecución corresponde a los periodos comprendidos del 12 de septiembre 2011 al 15 de diciembre de 2011, 19 de enero de 2012 al 22 de junio de 2012, 11 de julio de 2012 al 14 de diciembre de 2012, 28 de enero de 2013 al 13 de diciembre de 2013, 23 de enero de 2014 al 12 de diciembre de 2014, 24 de enero de 2015 al 18 de diciembre de 2015 y del 28 de enero de 2016 al 14 de diciembre de 2016.

Cuarto.- Declarar parcialmente probada la excepción de prescripción extintiva de las prestaciones sociales y económicas causadas con antelación al **29 de agosto de 2015**, con excepción de los aportes pensionales.

Quinto.- A título de restablecimiento del derecho, **condenar** al Servicio Nacional de Aprendizaje – Regional Boyacá a **pagar** en favor del señor **GERMÁN GUTIÉRREZ GÓMEZ** identificado con C.C. No. 9.515.433, las siguientes sumas de dinero:

a) El equivalente a las prestaciones sociales comunes y de carácter legal que devengan los empleados de planta del SENA en el cargo de Instructor, tomando como base de liquidación el valor mensual pactado como precio de los contratos de prestación de servicios No. 190 de 2015 y 227 de 2016.

b) Pagar el aporte el patronal al sistema de seguridad social en pensiones con destino al Fondo Pensional al que se encuentre afiliado el demandante aplicable a los periodos indicados en el numeral tercero de este fallo.

c) Reembolsar los dineros cancelados por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en salud, respecto de la cuota parte legal que la entidad no trasladó a la empresa prestadora de salud, durante la ejecución de los contratos No. 190 de 24 de enero de 2015 y No. 227 de 28 de enero de 2016 y que fue cancelada por el demandante.

Sexto.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

Séptimo.- Sin condena en costas en esta instancia".

15. Para arribar a la anterior conclusión, el *a quo* se refirió a la naturalización de la relación laboral, formas de vinculación con el Estado, principio de la primacía de la realidad sobre las formas y el contrato realidad, de las ordenes de prestación de servicios, presunción de subordinación en la labor docente, a lo cual concluyo que: *"la función legal y misional prestada por el SENA, misma definida por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto de 16 de septiembre de 2010 y por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 27 de abril de 2016, prevé que la labor de instructor SENA equivale a la labor docente para desarrollar programas de formación de educación no formal, por lo mismo se entiende que ésta no es independiente, sino que conlleva la prestación personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos, fines y principios del servicio*

público de la educación, esto es a las directrices impartidas, no sólo por el SENA, sino por las autoridades educativas”.

16. En el caso concreto, luego del análisis probatorio, encontró: (i) que Germán Gutiérrez Gómez, había prestado sus servicios al SENA, a través de contratos de prestación de servicios, entre septiembre de 2011 a diciembre de 2016, existiendo interrupciones de más de 15 días entre algunos, configurándose una solución de continuidad; (ii) que dichas actividades fueron debidamente remuneradas; y (iii) que el demandante fue contratado para prestar servicios personales temporales para orientación y desarrollo de los programas de formación que atiende el Centro Minero del SENA, lo cual se asimila a la labor docente.

17. Indicó que, conforme a la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 proferida por el Consejo de Estado, la situación del demandante se encuentra amparada por la presunción de subordinación, ya que se entiende que no se desarrolla de forma independiente, sino que, por el contrario, conlleva una prestación personal y subordinada al cumplimiento de órdenes, reglamentos, planes y principios integrales del servicio público de educación.

18. Señaló que de la prueba testimonial se desprende que el actor desarrolló actividades como instructor del SENA, impartiendo formación profesional a los aprendices de la entidad, a veces de forma presencial y otras de manera virtual, también en ocasiones impartía capacitación a trabajadores de diferentes empresas, cumplía una intensidad horaria de 8 horas diarias, por lo general de 7:00 a.m. a 3:00 o 4:00 p.m. de lunes a viernes, debiendo reportar un total de 40 horas semanales, según los tiempos establecidos por el SENA y las instrucciones impartidas por el Coordinador Académico. Se agregó que el instructor debía ceñirse a los diseños curriculares dispuestos por la entidad y portar bata y carné.

19. Sostuvo, en cuanto a la prescripción de los derechos laborales derivados de la declaratoria de existencia del contrato realidad, que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado a efectos de establecer el término que se debe tener en cuenta para determinar si entre uno y otro contrato existió solución de continuidad, se debe acudir a lo establecido en el artículo 10 del Decreto 1045 de 1978, que fija un término de 15 días.

20. Señaló que quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado deberá reclamarlo dentro del término de 3 años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual. En el presente caso, el demandante prestó sus servicios por medio de contratos de prestación

de servicios desde el 14 de septiembre de 2011 hasta el 14 de diciembre de 2016, con algunas interrupciones y presentó reclamación ante el SENA el 29 de agosto de 2018, razón por la cual declaró prescritas las prestaciones sociales causadas con anterioridad al 29 de agosto de 2015.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN (arch. 34)

21. La apoderada del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando se revoque la misma y en su lugar se niegue en su totalidad las pretensiones de la demanda, para lo cual argumentó lo siguiente:

22. Adujo que el señor Germán Gutiérrez Gómez se desempeñó en el SENA como contratista, para periodos individuales e independientes y nunca fue vinculado como empleado de la entidad, lo que la exime de tener que reconocerle y liquidarle prestaciones sociales y la condena del pago de aportes patronales, por cuanto así lo dispone la normatividad que rige la contratación estatal, de tal manera que entre el demandante y el SENA hubo una relación contractual y no una relación laboral.

23. Señaló que lo que existió en realidad entre el SENA y el señor Germán Gutiérrez Gómez, fueron contratos de prestación de servicios y órdenes de trabajo, totalmente independientes y autónomas unas de otras, que ejecutó de manera independiente, sin subordinación, ni solución de continuidad en diferentes escenarios y diferentes calendarios. Lo anterior sin perjuicio de que tal como lo ha señalado la Corte Constitucional, la entidad contratante imponga unas condiciones mínimas de ejecución y tome medidas oportunas para lograr el cumplimiento a tiempo del objeto contratado, sin que por ello deba entenderse que hay subordinación del contratista.

24. Señaló que en el presente caso existió solución de continuidad en los contratos suscritos por el señor Germán Gutiérrez Gómez, con periodos donde no hubo vínculo contractual, sin que se presentara reclamación alguna por parte del demandante, con lo cual se hace plenamente aplicable la figura de la prescripción, conforme lo dispone la jurisprudencia del Consejo de Estado, donde se señala un término de 15 días hábiles en cada contrato para que opere la solución de continuidad y se solicite la declaratoria de un vínculo laboral.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

25. El recurso de apelación fue concedido mediante providencia de 22 de febrero de 2021 (archivo 35), el cual fue admitido por esta Corporación

mediante proveído de 26 de marzo de 2021, sin que haya sido necesario decretar y practicar pruebas, por lo que no hubo lugar a dar traslado para alegar de conclusión, de acuerdo a la modificación introducida en el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- **Parte Demandante**

26. No obstante lo anterior, el apoderado de la parte actora mediante escrito del 09 de abril de 2021, solicitó confirmar la decisión de primera instancia, por haberse proferido conforme a los precedentes del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Boyacá, dado que la función prestada por el SENA, se clasifica dentro de un sistema de educación no formal, cuya formación se hace a través de instructores, de forma personal y subordinada.

CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

27. Por su parte el Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

CONTROL DE LEGALIDAD

28. De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

PROBLEMA JURÍDICO

29. En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, corresponde a esta Sala establecer si:

- ¿Entre el SENA y el señor Germán Gutiérrez Gómez pese a estar vinculado mediante órdenes de prestación de servicios para prestar el servicio de instructor, existió una relación laboral y en tal sentido determinar si le asistió derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir con ocasión de ese vínculo?
- ¿Se presentó uno de los elementos constitutivos de la relación laboral, esto es, la subordinación?

- ¿En el presente asunto había lugar a declarar el fenómeno jurídico de la prescripción?

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

- **De la existencia del contrato realidad**

30. En primer orden, el contrato de prestación de servicios se encuentra regulado en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la cual dispone:

“Art.- 32. De los contratos estatales (...) 3. Contratos de prestación de servicios. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializado.

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

31. La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y aquel de prestación de servicios, en los siguientes términos:

“(...) Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, **para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.**

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, **en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente, consistente en la actitud por parte de la administración**

contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente (...)" (Destacado por la Sala).

32. A este respecto ha de señalarse que como características principales del contrato de prestación de servicios se encuentra la prohibición del elemento subordinación continuada del contratista y la actuación del contratista no puede versar sobre el ejercicio de funciones permanentes de la entidad contratante; es por ello que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la vinculación a través de dicha modalidad 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 público¹.

33. En tal virtud, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado la necesidad que tratándose de contratos de prestación de servicio, donde se alegue el principio de la primacía de la realidad frente a las formalidades propias de la contratación, le corresponde probar al interesado, que durante el tiempo que duró su vinculación, se dieron los elementos propios de la relación laboral, como son: la prestación personal del servicio, la remuneración y especialmente la subordinación; al respecto, el Consejo de Estado² ha manifestado:

"(...) Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público 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 vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la **permanencia**, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral (...)" (Destacado por la Sala)

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 08001-23-33-000-2014-01649-01(2275-16)

² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. C.P Dr. Gerardo Arena Monsalve. Radicado No 050001233100020010363101 Expediente No 1363-12

34. En tal sentido, para acreditar la existencia de una relación laboral, resulta imprescindible probar que hubo una prestación personal del servicio y una remuneración, pero particularmente que el contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público.

35. A contrario sensu, el Consejo de Estado, en sentencia de 13 de mayo de 2015³, indicó que existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993, cuando se presenten las siguientes características:

“(…) **a)** se pacte la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública; **b)** el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; **c)** se le paguen honorarios por los servicios prestados; y, **d)** la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena indicar que debe ser entendida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los demás servidores públicos (...)”.

36. Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se compruebe la subordinación o dependencia respecto del empleador así como la permanencia, esto es, que la labor sea inherente a la entidad, evento en el cual, surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación.

- **De la normatividad que regula la labor de formación que imparte el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA**

37. En este aspecto, resulta pertinente traer a colación que de conformidad con la Ley 119 de 1994 *“Por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones”*, el SENA está encargado de cumplir la función que corresponde al Estado de invertir en el desarrollo social y técnico de

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P.: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, trece (13) de mayo de dos mil quince (2015). REF: EXPEDIENTE No. 680012331000200900636 01 NÚMERO INTERNO: 1230-2014.

los trabajadores colombianos, ofreciendo y ejecutando la formación profesional integral, para la incorporación y el desarrollo de las personas en actividades productivas que contribuyan al desarrollo social, económico y tecnológico del país.

38. En igual sentido, como objetivos a cargo del SENA y de acuerdo al componente misional, se fijaron los siguientes:

“Artículo 3o. Objetivos. El Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, tendrá los siguientes objetivos:

1. Dar formación profesional integral a los trabajadores de todas las actividades económicas, y a quienes, sin serlo, requieran dicha formación, para aumentar por ese medio la productividad nacional y promover la expansión y el desarrollo económico y social armónico del país, bajo el concepto de equidad social redistributiva.
2. Fortalecer los procesos de formación profesional integral que contribuyan al desarrollo comunitario a nivel urbano y rural, para su vinculación o promoción en actividades productivas de interés social y económico (...).”

39. Ahora, en cuanto a la educación, se tiene que el Decreto 1424 de 1998 *“Por el cual se establece el sistema salarial de evaluación por méritos para los Instructores del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA”*, la definió así:

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

40. De otra parte, el artículo 2º del Decreto 1426 de 1998 *“Por el cual se establece el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos públicos del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA”*, señala que el **cargo de instructor comprende los empleos cuyas funciones principales** consisten en impartir **formación profesional**, y desempeñar actividades de coordinación académica de la formación e investigación aplicada.

41. Aunado a lo anterior, sobre la naturaleza, misión y funciones del SENA, la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado, precisó lo siguiente:

“...2. Naturaleza, misión y funciones del SENA. La ley 119 de 1994. (...)

De esta manera **lo dispuesto en la ley 119 en el sentido de autorizar al SENA para ofrecer programas de educación superior en la modalidad de**

formación tecnológica y técnica profesional, resulta compatible con lo establecido en las leyes 30 y 749 sobre el régimen académico aplicable al SENA respecto de tales programas, y **con la naturaleza jurídica, misión y objetivos de esa entidad previstos en la ley 119, sin que ello signifique que el SENA deba cumplir con todos los requerimientos y exigencias de una institución de educación superior, como quiera que, se insiste, su naturaleza, misión, organización y funcionamiento no corresponde a ese tipo de entidades.**⁴ (Destacado por la Sala)

42. En tal sentido, la labor de instructor del SENA, equivale a la labor docente para desarrollar los programas de formación de educación no formal que ofrece la institución.

43. Es importante señalar, que si bien esta Corporación en reciente pronunciamiento, al analizar un caso de similares contornos al aquí estudiado⁵, modificó la postura que venía usando, acogiendo la modulación realizada por el Consejo de Estado en sentencia del 10 de mayo de 2018⁶ en el que trató un caso similar y se estableció que, en los casos de instructores del SENA contratados mediante órdenes de prestación de servicios, era necesario comprobar el elemento de la subordinación o dependencia continuada, para determinar la existencia de la relación laboral.

44. El Consejo de Estado, en sentencia de 27 de febrero de 2014, Exp. No. 200012331000201100312 01, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez De Páez (e), indicó lo siguiente:

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

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

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 16 de septiembre de 2010, Exp. No. 11001-03-06-000-2010-00089- 00, C.P. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

⁵ Ver sentencia del 11 de junio de 2019, dentro del expediente con radicado No. 157593333002201600045-01

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo - Sección Segunda, subsección A, consejero ponente: William Hernández Gómez, en sentencia del 10 de mayo de 2018 en el expediente con Radicación número: 47001-23-33-000-2014-00123-01(3257-16).

educativas y sin gozar de independencia con respecto a la actividad desarrollada.

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

45. En cuanto a la naturaleza de la labor docente, el Consejo de Estado, en **sentencia de unificación** de 25 de agosto de 2016, con radicación número 23001-23-33-000-2013-00260-01 y ponencia del Consejero Doctor Carmelo Perdomo Cuéter, destacó:

“3.3.2 Existencia de la relación de trabajo con el Estado (contrato realidad) en la labor docente.

(...)

A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes – empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado...”

46. Postura que ha sido acogida por este Tribunal⁷ para ahondar en la naturaleza de la labor docente, a la que se asimilaba la actividad desempeñada por los instructores del SENA, y en la que se otorgaba la misma calidad asimilable a la del docente pues indubitablemente se trata de quien imparte formación o instrucción a los aprendices del SENA; en el mismo sentido, la Corte Constitucional en lo que tiene que ver con las actividades de instructor por horas contratados por el SENA, precisó lo siguiente:

“(...) Si en realidad las funciones y condiciones de trabajo de los profesores hora cátedra son similares a las de aquellos que laboran para la institución por tiempo completo o medio tiempo, distintas únicamente en cuanto al tiempo de dedicación, es evidente que los primeros tienen también con la institución una verdadera relación laboral como quiera que prestan un servicio personal, obtienen a cambio una remuneración y existe una continua y notoria subordinación. Esta última, materializada en el

⁷Providencia del Tribunal Administrativo de Boyacá Exp. 15001-3333-002-2016-00014-01 del 29 de abril de 2019, MP Oscar Alfonso Granador Vargas, y providencia del Tribunal Administrativo de Boyacá Exp. 15238-33-33-002-2016-00093-01 del 16 de mayo de 2019, MP Clara Elisa Cifuentes Ortiz

cumplimiento de horarios, en la asistencia obligada a reuniones y en la práctica de evaluaciones, de acuerdo a lo expresado por el respectivo reglamento. Concluyó la Corporación que permitir la vinculación de los profesores hora cátedra a través de la modalidad del contrato civil de prestación de servicios, rompe con los principios constitucionales de igualdad, justicia y primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, predicables de todos los trabajadores sin discriminación alguna (...)»⁸

47. Así las cosas, debe señalarse que la regulación anterior aplicable a los instructores del SENA, establece que dicha entidad tiene como función permanente impartir formación laboral y profesional certificando a los estudiantes que cursan los programas y cursos que ofrece; define la educación como todos aquellos procesos especializados tendientes a la obtención de certificados, títulos o grados e indica que el cargo de instructor coordina y ejecuta actividades académicas.

48. Lo anterior, dado que al analizar el servicio docente que se presta en virtud de contratos de prestación de servicios, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido una presunción, según la cual dichos servicios dada la naturaleza de los mismos, se enmarcan en una relación laboral, tal como se señaló en sentencia de 6 de mayo de 2010⁹, en la que se expuso lo siguiente:

“(...) Las entidades territoriales iniciaron la práctica de contratar los servicios de los denominados "docentes temporales", ante la imposibilidad de vincularlos oficialmente a las plantas de personal, ya que la legislación que estaba vigente prohibía crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria con cargo al presupuesto estatal.

Por ello, al estudiar la Corte Constitucional la demanda de inexecutable, entre otros, del artículo 6° de la Ley 60 de 1993, referente a la administración de las plantas de personal docente, estableció que cuando se trata del desempeño de funciones docentes, éstas no se pueden adelantar a través de contratos de prestación de servicios, porque siempre se predica del ejercicio de dichas actividades la subordinación o dependencia propias de la relación laboral. Corrobora lo anterior, el objetivo de la labor docente que consagra el artículo 104 de la Ley General de Educación (115 de 1994) al prever que “El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos [...]”; situación que implica que **la labor docente no es independiente, sino que es un servicio que se presta en forma personal y de manera subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación, que no es posible encubrir mediante contratos de prestación de servicios.**

Sostuvo dicha Corporación lo siguiente:

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-517/99, C.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 6 de mayo de 2010, Expediente No. 1883-08, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve

“La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional. Si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP. Sin embargo, a partir de esta premisa, no podrá en ningún caso conferirle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal” .

En conclusión, la existencia de la relación laboral con los docentes contratistas se presume, sin que ello implique que dicho funcionario de hecho tenga los mismos derechos y obligaciones de los empleados públicos sujetos a un específico régimen legal y reglamentario, una planta de personal y la disponibilidad presupuestal correspondiente (...).
(Destacado por la Sala)

49. El anterior criterio jurisprudencial fue reiterado por el Consejo de Estado en sentencia de 19 de enero de 2017¹⁰, en los siguientes términos:

“(…) De igual forma, en lo que respecta a este tipo de vinculación, en particular cuando se trata de maestros, la Corte Constitucional es del criterio que la «[...] primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional [...]»¹¹, y si el intérprete judicial, «[...] en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP [...]».

En estos casos, dada la naturaleza de la función docente, el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades cobra especial relevancia, puesto que la labor desempeñada a través de órdenes de prestación de servicios desentraña una verdadera relación de trabajo sobre la apariencia que haya querido ocultarla, como quiera que los maestros vinculados bajo esa modalidad de contratación, se insiste, cumplen similares funciones a los de planta que están sujetos a un específico régimen legal y reglamentario y, además, deben acreditar iguales condiciones de formación y experiencia.

Por tanto, la Sala valida el tiempo laborado por el accionante como docente mediante contratos de prestación de servicios, para que, sea contabilizado con el ejercido en propiedad, circunstancia que le permite,

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Segunda, Subsección B. Bogotá, D. C., sentencia del 19 de enero de 2017. Rad. N° 54001-23-33-000-2012-00180-01 (1706-2015), C.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter.

¹¹ Sentencia C-555 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

previo estudio de su caso particular, acceder al reconocimiento de la pensión gracia (...)"'. (Destacado por la Sala)

50. En tal sentido, la Sala ratifica la postura adoptada en la sentencia¹² atrás citada por cuanto se itera que, dadas las características del servicio docente, quien demuestre que ha sido vinculado para desarrollar actividades de esta naturaleza, tiene a su favor una presunción de subordinación y dependencia, pues, como lo sostuvo el Consejo de Estado en las sentencias transcritas, la naturaleza misma del servicio se lo imponen, sin perjuicio del análisis probatorio en el caso en concreto, mediante el cual la regla general es probar el elemento de subordinación o dependencia (continuada).

CASO CONCRETO

51. Como se indicó en las consideraciones generales de la presente providencia, para que pueda considerarse que estamos en presencia de una verdadera relación laboral —a pesar de que la misma se haya encubierto bajo alguna otra forma de contratación—, además de verificar los elementos relativos a la prestación personal de un servicio y a la remuneración, como retribución por el mismo; es indispensable examinar: (i) si dicha relación estuvo regida por una relación vertical de dependencia y subordinación; verificando —también— (ii) la aptitud de permanencia en el ejercicio de las funciones contratadas; y (iii) que dichas funciones ejecutadas hagan parte del giro ordinario de la entidad en donde se prestaba el servicio.

52. En el caso de marras, de acuerdo con lo expuesto en los recursos de apelación interpuestos por las partes, no hay discusión sobre el hecho de que Germán Gutiérrez Gómez celebró varios contratos para la prestación de sus servicios personales con el SENA.

53. De igual forma, tratándose de la remuneración por el servicio prestado, este elemento de la relación laboral tampoco es objeto de controversia en el recurso de apelación; es decir que quedó definido en la sentencia de primera instancia que, durante el tiempo en que el actor prestó sus servicios para el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, percibió las sumas pactadas en los contratos por concepto de honorarios.

54. Por el contrario, la inconformidad de la entidad demandada con el fallo proferido por el *a quo* gira en torno a que, según su dicho, los medios de prueba recaudados no permiten concluir que, entre el demandante y

¹² Expediente 15001-3333-002-2016-00014-01 del 29 de abril de 2019.

la entidad demandada, hubo una relación de subordinación; sino que la misma siempre fue de coordinación.

55. Ahora bien, analizados los medios de prueba documentales recaudados en la presente *litis*, la Sala encuentra que el señor Germán Gutiérrez Gómez suscribió distintos contratos de prestación de servicios con el SENA que tuvieron las siguientes características:

CONTRATO	DURACIÓN	VALOR/OBJETO
N° 261 de 12 de septiembre de 2011 (fl.1-8 arch.02 y Carpeta19)	3,10 meses. Inicio: 14/09/11 Terminación: 15/12/11	\$8.060.001.- Contratar los servicios temporales como instructor para la orientación y desarrollo de los programas de formación de forma presencial y/o virtual, mediante la formulación de proyectos en los diferentes programas de formación regular en el área de minería bajo tierra que atiende el Centro Minero.
N° 007 del 19 de enero de 2012 (fl.9-17 arch.02 y Carpeta19)	5 meses, sin exceder del 22/06/12. Inicio: 24/01/12 Terminación: 22/06/12	\$13.000.000.- Prestación de servicios personales de carácter temporal, para la orientación y desarrollo de los programas de forma presencial y/o virtual, mediante la formulación, planeación y ejecución de proyectos formativos en los diferentes programas de formación que atiende el Centro Minero, en el área de Minas (Supervisión de Labores Mineras).
N° 192 del 11 de julio de 2012 (fl.18-26 arch.02 y Carpeta19)	5.1 meses, sin exceder del 14/12/12. Inicio: 13/07/12 Terminación: 14/12/12	\$14.535.000 - Prestación de servicios personales de carácter temporal, para la orientación y desarrollo de los programas de forma presencial y/o virtual, mediante la formulación, planeación y ejecución de proyectos formativos en los diferentes programas de formación que atiende el Centro Minero, en el área de Minas (Supervisión de Labores Mineras).
N° 401 del 28 de enero de 2013 (fl.27-35)	Contrato: 10,5 meses, sin exceder 13/12/13. Inicio: 29/01/13	\$32.358.480.- Prestación de servicios personales de carácter temporal, para la orientación y desarrollo de los

CONTRATO	DURACIÓN	VALOR/OBJETO
arch.02 y Carpeta19)	Terminación: 13/12/13	programas de forma presencial y/o virtual, mediante la formulación, planeación y ejecución de proyectos formativos en los diferentes programas de formación que atiende el Centro Minero, en el área de Minas (Supervisión de Labores Mineras, Técnicos en Minería, Técnicos Laborales y Auxiliares de Minería), así como las actividades de capacitación y/o auditoria para el Sistema Integrado de Gestión de Calidad del SENA que acuerden las partes
N° 798 del 23 de enero de 2014 (fl.36-42 arch.02 y Carpeta19)	Contrato: 7 meses y 10 días, sin exceder del 31/08/14. Inicio: 27/01/14 Terminación: 31/08/14	\$22.172.810. -Prestar los servicios personales de carácter temporal, para la orientación y desarrollo de los programas de forma presencial y/o virtual, mediante la formulación, planeación y ejecución de proyectos formativos en los diferentes programas de formación que atiende el Centro Minero, en el área de Minas.
Adición al contrato No. 798 de 2014 (fl.43-45 arch.02 y Carpeta19)	03 meses y 12 días a partir de la finalización del inicialmente pactado (12/12/2014)	\$9.675.408.- Prestar los servicios personales de carácter temporal, para la orientación y desarrollo de los programas de forma presencial y/o virtual, mediante la formulación, planeación y ejecución de proyectos formativos en los diferentes programas de formación que atiende el Centro Minero, en el área de Minería
No. 190 del 24 de enero de 2015 (fl.46-49 arch.02 y Carpeta19)	Contrato: 10 meses y 22 días, sin exceder el 18/12/15. Inicio: 27/01/15 Terminación: 18/12/15	\$33.273.333.- Prestar los servicios personales de carácter temporal, para la orientación y desarrollo de los programas de forma presencial y/o virtual, mediante la formulación, planeación y ejecución de proyectos formativos en los diferentes programas de formación que atiende el

CONTRATO	DURACIÓN	VALOR/OBJETO
No. 227 del 28 de enero de 2016 (fl.50-53 arch.02 y Carpeta19)	Contrato: 10 meses y 14 días, sin exceder el 14/12/16. Inicio: 01/02/16 Terminación: 14/12/16	Centro Minero, en el área de Minas. \$33.598.000.- Prestar los servicios personales de carácter temporal, para la orientación y desarrollo de los programas de forma presencial y/o virtual, mediante la formulación, planeación y ejecución de proyectos formativos en los diferentes programas de formación que atiende el Centro Minero, en el área de Minas.

56. Lo anterior, se encuentra corroborado con la certificación de 17 de septiembre de 2018, a través de la cual el Subdirector del Centro Minero del SENA, hace referencia a las relaciones contractuales en mención, para lo cual se describe a detalle el objeto, plazo, término de ejecución, valor y obligaciones específicas de los contratos de prestación de servicios ejecutados por el demandante durante septiembre de 2011 a diciembre de 2016 (fls 66-76 arch. 02).

57. Por otro lado, analizado el testimonio rendido por el señor **Luis Alfonso Pinzón Rodríguez**, manifestó conocer al demandante, porque trabajó con él en el SENA en el Centro Minero, desde septiembre de 2012 y hasta diciembre de 2016, tiene entendido que el demandante había entrado un año antes, juntos se desempeñaban como instructores, tenían un horario idéntico al del personal de planta de 7:00 am a 4:00 pm, de lunes a viernes. El horario no se podía modificar. El trabajo era totalmente coordinado por el jefe, el coordinador académico; los viernes enviaban a los correos indicando el aula, el grupo y las competencias que se debían impartir, es decir que el SENA tenía todo parametrizado y ellos entraban era a ejecutar. El demandante era instructor en el área de minas, en ocasiones tuvo que desplazarse a Marmato (Caldas) en los años 2014 a 2015. El instructor les colabora a los aprendices en los proyectos. Era imposible que durante el tiempo que el actor estuvo vinculado con el SENA, también estuviera vinculado a otra empresa. Hacían reuniones en el auditorio a la que asistían instructores de planta y contratistas donde les daban las instrucciones a seguir. Cada año desempeñaba actividades similares. Los docentes de planta y los contratistas desempeñaban las mismas funciones. Debían portar bata y carné. Si tenía que faltar un día, debían solicitar permiso por escrito al Coordinador Académico y debían impartir formación a los estudiantes a través de la plataforma. El SENA hacía evaluaciones cada año para cumplir con unos propósitos

pedagógicos. Los instructores dejaban actividades a los aprendices a través del sistema Sofía Plus. Entre los días 22 a 24 de cada mes, se hacía una reunión para presentar informe de las 40 horas semanales (arch. 21-22).

58. De igual forma, el señor **Arcenio Rincón González** manifestó ser compañero del actor, dado que también fue instructor del SENA, trabajó en dicha entidad, su último contrato fue desde septiembre de 2012 a noviembre de 2014, en la sede del Centro Minero, vereda Morca de Sogamoso. Estaban sujetos a un horario de trabajo desde las 7:00 am y saliendo a las 3:00 p.m., de lunes a viernes. La labor que desempeñaban era capacitar a aprendices en el Centro Minero y a personal de diferentes empresas, el jefe inmediato era el Coordinador Académico. Cumplían las mismas labores que los instructores de planta. Había unos formatos especiales los cuales se debían diligenciar para ausentarse de las instalaciones y que iba firmado por el Coordinador Académico y en su defecto, por el Subdirector de Centro, debían portar bata y carné. La plataforma de Sofía Plus se empezó a implementar en el año 2012, la cual alimentaba cada instructor con un código que suministraba el SENA, también tenían cuentas de correo institucionales, a través de las cuales les daban diferentes informaciones, incluidas aquellas relacionadas con las reuniones programadas (arch. 25).

59. Las declaraciones de las personas acabadas de citar resultan útiles, conducentes y pertinentes a fin de demostrar el elemento de la subordinación laboral alegado por la parte demandante, puesto que señalan de forma clara las condiciones de tiempo, modo y lugar de desarrollo de dicha actividad, y además se trata de personas que adelantaban la misma actividad que el aquí demandante, por lo que, teniendo en cuenta además que estas no fueron tachadas por la parte contra quien se aducen, serán tenidas en cuenta para los efectos del análisis que se está haciendo.

60. Teniendo en cuenta lo expuesto en líneas previas, tratándose del elemento inherente a la subordinación de Germán Gutiérrez Gómez respecto del SENA, la Sala considera que los medios de prueba recaudados dan cuenta que dicha relación, lejos de enmarcarse en la autonomía, siempre estuvo regida por un trato vertical de dependencia en la que, además, las actividades ejecutadas por el contratista pertenecían al giro ordinario de las funciones ejecutadas por los 'instructores' de planta de la entidad demandada.

61. Así las cosas, observa la Sala que, durante el periodo comprendido entre el 14 de septiembre de 2011 hasta el 14 de diciembre de 2016, el

señor Germán Gutiérrez Gómez, suscribió con el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA, sucesivos contratos de prestación de servicios, los cuales, por ejemplo, de acuerdo con el objeto del contrato No. 261 de 2011, se orientaban a prestar “los servicios temporales como **instructor para la orientación y desarrollo de los programas de formación regular en el área de forma presencial y virtual**, mediante la formulación de proyectos en los diferentes programas de formación regular en el área de minas de minería bajo tierra que atiende el Centro Minero del SENA Regional”. (Negrilla de la Sala)

62. Del examen de la documental que obra en el expediente, se infiere también que la contratación se hizo para suplir un número determinado de horas semanales, según los formatos de control de actividades y los informes mensuales de ejecución contractual, vistos a folios 156 a 201 de los anexos de la demanda (exp. digital).

63. Así mismo, de conformidad con la prueba testimonial ya mencionada, se desprende que la programación académica era impuesta por la entidad, la cual lleva implícito un horario preestablecido por la entidad demandada, el cual debía ser cumplido por el señor Germán Gutiérrez Gómez.

64. Ahora bien, ha de señalar la Sala que la sola actividad como instructor en el Centro Minero del SENA desarrollada por el actor, no resulta ser suficiente a efectos de encontrar acreditado el requisito de la subordinación que configure la existencia de un contrato realidad; ello por cuanto la misma Ley 80 de 1993 autoriza la vinculación a través de contratos por prestación de servicios, cuando las “*actividades no pueden realizarse con personal de planta*”. En este caso, de acuerdo con lo señalado en los documentos que dieron origen a las órdenes y contratos referidos en precedencia, la entidad demandada fundó la relación contractual, precisamente en que no existía personal de planta suficiente para ejecutar las actividades contratadas.

65. No obstante lo anterior, a juicio de la Sala, la vinculación a través de contratos de prestación de servicios del señor Germán Gutiérrez Gómez a fin de ejercer la labor de instructor en la entidad demandada, fundada en la carencia en su planta de personal de cargos suficientes para el desarrollo de la actividades propias de su labor misional, no es de recibo, en razón a que tal vinculación se extendió desde el 14 de septiembre de 2011 hasta el 14 de diciembre de 2016, de manera interrumpida, es decir, por un lapso mayor de 5 años, circunstancia que desnaturaliza el carácter temporal y eventual de la figura regulada en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

66. Así las cosas, a juicio de la Sala no resulta justificado que la entidad demandada en un lapso de tiempo de 5 años, no hubiera efectuado los cambios administrativos en la planta de personal, a efectos de asegurar la existencia del empleo de instructor para prestar el servicio de formador profesional en el bloque modular del área de minas, el cual tal como se ha indicado en precedencia, corresponde a aquellas tareas permanentes del Servicio Nacional de Aprendizaje, necesarias para cumplir con su objeto misional, como lo es, ofrecer programas de educación superior en la modalidad de formación tecnológica y técnica profesional.

67. En consonancia con lo anterior, ha de precisarse en cuanto a la naturaleza del SENA, que la entidad está encargada de cumplir la función que corresponde al Estado de invertir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores colombianos, ofreciendo y ejecutando la formación profesional integral para la incorporación y el desarrollo de las personas en actividades productivas, estando facultado para adelantar programas de educación del nivel de educación superior en los campos de formación tecnológica y técnica profesional.

68. De lo anterior se infiere, entonces, que la labor de instructor del SENA, es equivalente a la labor docente para desarrollar programas de formación no formal que ofrece la institución, y por tanto, dadas las características del servicio docente, **quien demuestre que ha sido vinculado para desarrollar actividades de tal naturaleza tiene a su favor acreditada la subordinación y dependencia.**

69. Tal como lo señaló la *a quo* en la providencia recurrida, lo que observa la Sala es que la contratación del señor Germán Gutiérrez Gómez, si bien se hizo mediante la figura del contrato de prestación de servicios previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en realidad encubrió una verdadera relación laboral en la que se hizo al demandante la exigencia de unos horarios condicionados por la necesidad de cumplimiento de los programas curriculares elaborados por el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, en este caso, para el área de minas, que ofrecía la entidad a sus alumnos.

70. Aunado a lo anterior, de acuerdo con las órdenes de prestación de servicios corroborado con las demás pruebas documentales que obran en el proceso, no cabe duda que al demandante se le asignaron funciones propias del cargo de instructor, el cual, como ha quedado establecido, pertenece a la planta de cargos de la entidad y en esencia, cumple una labor asimilable a la de los docentes de otras instituciones, lo

cual, como fue señalado por esta Corporación¹³ al resolver asuntos similares que llevan ínsita la subordinación.

71. De igual forma, atendiendo los pronunciamiento del Consejo de Estado, relacionados en el acápite de consideraciones, ha sido la jurisprudencia pacífica y reiterada del órgano de cierre, al sostener que cuando existe una orden de prestación de servicios para la prestación del servicio docente, tácitamente se configuran los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, ello teniendo en cuenta que la labor desempeñada a través de esta modalidad de vinculación desentraña una verdadera relación de trabajo, dado que los docentes vinculados bajo esa modalidad de contratación, se insiste, cumplen similares funciones a los de planta que están sujetos a un específico régimen legal y reglamentario, y por tanto sus actividades no pueden considerarse como una coordinación de actividades como lo aduce la parte recurrente.

72. En síntesis, en esos eventos, la subordinación laboral se encuentra implícita en el desempeño de la actividad docente, razón por la cual los argumentos expuestos por la entidad demandada en el recurso de apelación, no tienen vocación de prosperidad, como quiera que en el presente asunto se encuentra que entre el señor José Francisco Rodríguez y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, existió una relación de trabajo, encubierta por medio de órdenes de prestación de servicios y en tal sentido se concluye que, la subordinación o dependencia para su ejercicio, en los periodos arriba señalados, se encuentran ínsitas o son connaturales a la misma, por tanto, se puede sostener que la administración utilizó el contrato de prestación de servicios para encubrir la naturaleza laboral de la labor desempeñada, la cual se prolongó por aproximadamente 5 años.

73. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala encuentra acreditados los elementos propios de una relación laboral, esto es, la prestación personal, la remuneración y la subordinación en la vinculación el señor Germán Gutiérrez Gómez y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, para desempeñarse como instructor, razón por la cual queda desvirtuada la vinculación contractual del demandante, durante los periodos comprendidos entre septiembre de 2011 y diciembre de 2016, con excepción de los periodos durante los cuales no existió vinculación entre algunos de los contratos.

¹³ (i) Sala de Decisión N° 3, sentencia del 26 de octubre de 2017, Rad. N° 152393333752201500258-01, M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, y (ii) Sala de Decisión No. 5, sentencia del 29 de abril de 2019, Rad. No. 15001-3333-002-2016-00014-01, M.P. Oscar Alfonso Granados Naranjo.

74. Así las cosas, corresponde a la Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA pagar las prestaciones sociales a que haya lugar a favor de la demandante en los periodos que no se encuentren prescritos.

75. Sobre este tema, conforme lo indicó el juez de instancia, la liquidación de las prestaciones sociales deberá efectuarse teniendo como base el valor pactado en las respectivas órdenes de prestación de servicios, pues aceptada la existencia del contrato realidad también debe aceptarse como válido el pacto que las partes hicieron acerca de la remuneración; precisamente sobre éste punto, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 a que se ha hecho referencia, indicó:

“(…) En las controversias del contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en el caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad.

Por consiguiente no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que éstas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiere usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo. (…)

Ahora bien, en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el docente vinculado por contrato de prestación de servicios, cabe anotar que este corresponderá a los honorarios pactados, ya que no es dable tener en cuenta, en este caso, el empleo de planta, pues los docentes oficiales se encuentran inscritos en el escalafón nacional docente que implica remuneraciones diferenciadas según el grado en el que estén (…”. (Destacado por la Sala)

- **De la prescripción**

76. El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 prevé el fenómeno jurídico de la prescripción, en los siguientes términos:

“Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en éste decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho debidamente determinado, pero sólo por un lapso igual”.

77. De igual forma, el Decreto 1848 de 1969 reglamentario del decreto antes referido, en el artículo 102, establece:

“Artículo 102. Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en éste Decreto, prescribirán en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

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

78. En lo relativo a la prescripción de los derechos laborales en casos como el que nos ocupa, sea lo primero indicar que el Consejo de Estado se pronunció en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, dentro del proceso radicado N° CE-SUJ2-005-16 23001-23-33-000-2013-00260-01, con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cuéter¹⁴, de la siguiente manera:

“A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, **deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.**

ii) Sin embargo, **no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión**, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, **no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista**, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de

¹⁴La posición sentada por el Consejo de Estado en la sentencia de Unificación mencionada ha sido reiterada por esa misma corporación, entre otras, en sentencias proferidas por el Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, del 1 de marzo de 2018, dentro del radicado 23001-23-33-000-2013-00117-01(3730-14), otra del 26 de julio de 2018 dentro del radicado 68001-23-31-000-2010-00799-01 y por el magistrado WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ el 11 de abril de 2019 dentro del expediente 63001-23-33-000-2014-00232-01(2733-16).

seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) **Las reclamaciones de los aportes pensionales** adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, **por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control** (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) **El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral**, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador." (Resaltado fuera de texto).

79. Así las cosas, teniendo en cuenta la sentencia de unificación jurisprudencial antes vista y que fue proferida en aplicación de lo previsto en el artículo 271 del CPACA, en materia de prescripción en asuntos como el presente, quien pretende el reconocimiento de una relación laboral con el Estado, debe hacer la reclamación dentro de los tres años siguientes contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, so pena que se extingan los derechos prestacionales que se deriven de aquella.

80. Teniendo en cuenta lo antes visto procede la Sala a verificar si algunas de las vinculaciones contractuales del demandante a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción.

81. En tal sentido, en el presente asunto, encuentra la Sala que la vinculación contractual del señor Germán Gutiérrez Gómez con el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA entre el año 2011 al 2016, se vio

sometida a interrupciones entre la ejecución de uno y otro contrato, tal como se advierte en la siguiente tabla:

Orden de trabajo o Contrato	Vigencia	Interrupción para iniciar la siguiente ejecución
No. 261	Desde el 12 de septiembre ¹⁵ al 15 de diciembre de 2011	21 días
No. 007	Desde el 19 de enero al 25 de junio de 2012	11 días
No. 192	Desde el 11 de julio al 14 de diciembre de 2012	28 días
No. 401	Desde el 28 de enero al 13 de diciembre de 2013	25 días
No. 798 y adición	Desde el 23 de enero al 12 de diciembre de 2014	27 días
No. 190	Desde el 24 de enero al 18 de diciembre de 2015	25 días
No. 227	Desde el 28 de enero al 14 de diciembre de 2016	Fin vínculo contractual

82. Ahora bien, tal como lo indicó el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, citada, en aquellos contratos de prestación de servicios que se prolongan en el tiempo y que sufrieron interrupciones entre la ejecución de uno y otro, es deber del juez determinar en cada caso si se presentó o no, la referida interrupción, esto a fin de proteger los derechos de los trabajadores.

83. Precisamente sobre este punto, el Consejo de Estado en sentencia de 11 de noviembre de 2009, si bien referido a un contrato de prestación de servicios docente, respecto a las interrupciones contractuales en el marco del contrato realidad, indicó:

“(…) Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico establece condicionamientos para reconocer la existencia de algunos derechos laborales, siendo uno de estos la ausencia de solución de continuidad entendida como aquella interrupción del servicio por más de 15 días hábiles (Vr. Gr. Artículo 10 del Decreto 1045 de 1978), **se advierte, que las preceptivas que establecen tales periodos regulan las vinculaciones de carácter legal y reglamentario, siendo inaplicables a las súplicas de la presente demanda por tratarse de un funcionario de hecho.** (…).

Si bien debe aceptarse que durante la prestación del servicio se presentaron interrupciones de 1 mes y 20 días; 1 mes y 26 días, 3 meses y 13 días, 17 días, 1 día, 2 días y 1 mes y 21 días, tal situación lo que evidencia es la irregularidad de la Administración al mantener a un contratista prestando labores permanentes y ordinarias al servicio de la

¹⁵ Fecha de suscripción del contrato y no del acta de inicio. Posición adoptada por esta Corporación, Sala de Decisión No. 23, M.P. Luis Ernesto Arciniegas Triana, en sentencia del 23 de septiembre de 2020, radicación No. 157593333002000201700096-02.

Función Pública debiéndose en consecuencia reparar el daño de la conducta antijurídica, al ser imposible retrotraer la situación al estado anterior, derivada de la entidad demandada cuya liquidación incluirá **para efectos prácticos la sumatoria de los extremos laborales incluyendo las interrupciones pero descontando del total de las condenas.**

Para la Sala queda claro que si el contrato realidad tiende a equiparar al Docente contratista con el Docente de Planta, es apenas lógico que si este último devenga sus prestaciones sociales durante todo el año sin solución de continuidad, igual derecho tiene la actora quien quedó cesante durante las interrupciones contractuales aunque descontadas de las condenas, siempre y cuando sean razonables e indiquen que durante la terminación de una orden de servicio y el inicio de la siguiente transcurrió el tiempo necesario para proveer la asignación presupuestal; o bien las vacaciones o el receso escolar, tal como lo evidencia el sub-examine.(...)¹⁶". (Destacado por la Sala)

84. Así las cosas, a juicio de la Sala las interrupciones que se hayan presentado en el marco de la vinculación por órdenes de prestación de servicios, pueden ser consideradas como el punto de partida para contabilizar el término prescriptivo, siempre y cuando éstas no sean razonables y no encuentren justificación en el espacio de tiempo que debió utilizar la entidad a efectos de adelantar todos los trámites administrativos correspondientes a fin de lograr nuevamente la vinculación del contratista, pues de lo contrario deberá estarse a la finalización definitiva del vínculo contractual como punto de partida del término prescriptivo.

85. Bajo el derrotero anterior, encuentra la Sala que la vinculación contractual del señor Germán Gutiérrez Gómez para prestar el servicio de instructor en el Centro Minero del SENA Regional Boyacá en el periodo comprendido del 14 de septiembre de 2011¹⁷ al 14 de diciembre de 2016, tuvo interrupciones que no responde al tiempo que debió emplear la entidad demandada a fin de vincular nuevamente al demandante, la última de las cuales tuvo lugar entre la terminación del contrato No. 190 del 24 de enero de 2012 que finalizó su ejecución el 18 de diciembre de 2015 y el inicio del contrato No. 227 de 28 de enero de 2016, es decir que transcurrieron 25 días hábiles.

86. Siguiendo con la misma secuencia de vinculaciones, observa la Sala otra interrupción que no responde al tiempo que debió emplear la entidad demandada a fin de vincular de nuevo al demandante, esto es entre la terminación del contrato No. 798 del 23 de enero de 2014 y su adición que finalizó su ejecución el 12 de diciembre de 2014 y el inicio del contrato No. 190 de 24 de enero de 2015, es decir que transcurrieron 27

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Rad: 2486-2008.

¹⁷ Fecha de acta de inicio.

días hábiles, con lo cual a partir de esas fechas se debe contabilizar el término prescriptivo.

87. En este punto ha de precisar la Sala que la única situación que puede dar lugar a que el término prescriptivo para todos los contratos se cuente desde la finalización del último, es que entre ellos no medie solución de continuidad, circunstancia que conforme el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978, surge cuando transcurren no más de quince días hábiles entre el retiro y la nueva vinculación, lo que no ocurrió en el caso particular, en donde, en la mayoría de los casos, entre la suscripción de una y otra orden de servicios transcurrieron lapsos superiores.

88. Entonces, si el señor Germán Gutiérrez Gómez elevó petición el 19 de agosto de 2018¹⁸ ante la Dirección Regional del SENA Boyacá a fin de que se le reconocieran sus acreencias laborales causadas entre el 12 de septiembre de 2011 al 14 de diciembre de 2016, habría lugar a declarar prescritas las prestaciones sociales causadas con anterioridad al 12 de diciembre de 2014, fecha de terminación de la adición del contrato No. 798 del 23 de enero de 2014, en tanto la reclamación no se presentó dentro de los tres años siguientes a la finalización de dicho vínculo.

89. Frente a las órdenes de prestación de servicios Nos. 190 del 24 de enero de 2015 y 227 del 28 de enero de 2016, que finalizó su ejecución el 18 de diciembre de 2015 y el 14 de diciembre de 2016, respectivamente, no hay lugar a declarar la excepción de prescripción en tanto la reclamación en sede administrativa para el pago de los derechos laborales causados a raíz de dichas vinculaciones fue presentada dentro de los tres años siguientes a su respectiva finalización.

90. Así las cosas, advierte la Sala que si bien el *a quo* incurrió en error, pues declaró la prescripción de las prestaciones sociales y económicas causadas con anterioridad al 29 de agosto de 2015, siendo lo correcto, realizar el conteo de los tres años desde la fecha de terminación del vínculo contractual, según lo ya expuesto, en virtud de que la parte demandada fue la única quien apeló la decisión de primera instancia, la Sala no agravará su situación, por lo que no se modificará lo dispuesto por el *a quo* sobre el día a partir del cual operó la prescripción.

91. Ahora bien, frente a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, la Sala advierte que tal como lo indicó el *a quo*, los mismos no pertenecen al empleador ni al trabajador, debido a que se trata de bienes públicos de naturaleza parafiscal y en tal virtud no son derechos

¹⁸ Folios 30 a 38 arch. 01

de libre disposición, razón por la cual no están sujetos a ningún término prescriptivo; precisamente esta Corporación en sentencia de 16 de diciembre de 2014¹⁹, indicó:

“(…) No obstante lo anterior, debe aclarar la Sala que los aportes al Sistema de Seguridad Social y especialmente los del Sistema General en Pensiones, como lo ha definido la ley y la abundante jurisprudencia constitucional, no pertenecen al empleador ni al trabajador o a la administradora o entidad correspondiente, debido a que se trata de bienes públicos de naturaleza parafiscal, que no constituyen impuestos ni contraprestación salarial, lo que implica que dichos valores no pueden destinarse a otros fines diferentes a los previstos en la norma especial aplicable al Sistema, de manera que si la prescripción se predica de derechos de libre disposición y los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones en tanto constituyen recursos de orden parafiscal no son de libre disposición, forzoso resulta concluir que los aportes destinados al Sistema General de Pensiones no tienen término prescriptivo alguno.

Aunado a lo anterior, es necesario tener presente que, como lo ha expresado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, el derecho pensional es imprescriptible, en consecuencia, al constituir los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones el presupuesto material necesario para el reconocimiento del derecho pensional, tal circunstancia habilita tanto a los trabajadores como a las entidades administradoras, hacer exigibles al empleador, también en cualquier tiempo, los aportes pensionales correspondientes a la vinculación laboral del trabajador, lo que significa que los aportes que por mandato legal deben ser tenidos en cuenta para la conformación del derecho pensional, tampoco están sujetos a ningún término de prescripción (…)”. (Destacado por la Sala).

92. Así las cosas, al encontrarse acreditada la existencia de la relación laboral entre el señor Germán Gutiérrez Gómez y el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, el tiempo laborado por el demandante debe ser tenido en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión, en la medida en que como quedó visto, los aportes pensionales no están sujetos a ningún término de prescripción.

93. En síntesis, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia por encontrar que, respecto de las órdenes de prestación de servicios Nos. 190 del 24 de enero de 2015 y 227 del 28 de enero de 2016 (que no se encuentran prescritas), se hallaron configurados los elementos para declarar la existencia de una relación laboral, esto es, la prestación personal, la remuneración y especialmente la subordinación.

¹⁹ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de decisión No. 5. M.P. FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS. Rad: 15001333301220130004801.

94. En efecto, respecto a este último elemento se encuentra probado que al demandante se le exigía el cumplimiento de un horario para desempeñarse como instructor, utilizando los materiales que la entidad le suministraba y cumpliendo funciones propias de los instructores de planta, aspectos que evidencian que la labor desempeñada como instructor fue en condiciones de subordinación y dependencia.

95. Igual conclusión debe predicarse respecto de las órdenes de prestación de servicios suscritas con anterioridad al 29 de agosto de 2015, en donde se acreditaron los elementos propios de una relación laboral, esto es, prestación personal, remuneración y subordinación, contratos que, si bien se encuentran afectados por la prescripción a efectos del reconocimiento de acreencias laborales, dichos tiempos sí deben ser tenidos en cuenta para efectos pensionales.

CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

96. Teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 47 de la Ley 1080 de 2021, la Sala se **abstendrá de condenar en costas en segunda instancia**, pues la tesis de la recurrente contó con sustento argumentativo, a pesar de no ser acogida por el Tribunal.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de enero de 2021, mediante la cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Por secretaría, remítase copia de la presente providencia a la ANDJE, de conformidad con lo indicado en el inciso final del artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

CUARTO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al despacho de origen, previo registro en el sistema SAMAI.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión virtual de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado electrónicamente
JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

Firmado electrónicamente
BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada

Firmado electrónicamente
MARTHA ISABEL PIÑEROS RIVERA
Magistrada