



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, diecisiete (17) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
(PRIMERA INSTANCIA – ORALIDAD)

DEMANDANTE: MERCY LUZ CAMARGO ROSADO

DEMANDADO: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-

RADICADO: 20-001-23-33-004-2018-00033-00

MAGISTRADA PONENTE: DORIS PINZÓN AMADO

I. ASUNTO. -

Procede la Sala a resolver el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, promovido por la señora MERCY LUZ CAMARGO ROSADO, en contra del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-, con el objeto de que se le reconozca la existencia de una relación laboral.

II.- ANTECEDENTES. -

Sirven de fundamentos fácticos y jurídicos a este proceso los que se resumen a continuación:

2.1.- HECHOS. -

De conformidad con los hechos expuestos en la demanda, la señora MERCY LUZ CAMARGO ROSADO estuvo vinculada con el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-, mediante contratos de prestación de servicios personales como instructora en el área contable, desde el 2 de febrero de 2010 hasta el 27 de diciembre de 2015.

Aduce la parte actora, que prestó sus servicios de manera personal, directa, continua, subordinada, sometiéndose a un horario y, además, cumpliendo con los demás requerimientos que se le exigían en el desarrollo de su actividad como instructora, concretándose así, una verdadera relación laboral.

2.2.- PRETENSIONES. -

En la demanda se solicita que se declare la nulidad de la decisión administrativa contenida en el Oficio No. 2-2017-004148 expedido el 17 de agosto de 2017, suscrito por la Subdirectora de Centro del SENA Regional Cesar, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas por la señora MERCY LUZ CAMARGO ROSADO; en consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, requiere que se le reconozcan y paguen las prestaciones sociales a las que tiene derecho, y se indexe cada uno de estos

valores.

Aunado a lo anterior, solicita que se le paguen los intereses e indemnizaciones a que haya lugar.

2.3.- FUNDAMENTOS DE DERECHO. -

El apoderado judicial de la demandante considera que en este caso se vulneraron los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Política.

Del mismo modo, considera transgredidos el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el artículo 1 del Decreto 4266 de 2010 y el artículo 3 del Decreto 734 de 2012.

Estima el referido apoderado, que además se están desconociendo de manera arbitraria los derechos laborales de la actora, toda vez que se le niega el reconocimiento de las prestaciones sociales y demás emolumentos a que tiene derecho, al haber prestado sus servicios, aun cuando esto no se hizo mediante una relación legal.

III. TRÁMITE PROCESAL. -

3.1.- ADMISIÓN: La demanda fue admitida por reunir los requisitos legales, mediante auto de fecha 22 de febrero de 2018, dándole el trámite del proceso ordinario, notificando dentro del término y en debida forma a las partes.

3.2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-, contestó en término oponiéndose a las pretensiones invocadas en la demanda; considera que la señora MERCY LUZ CAMARGO ROSADO no acreditó los supuestos de la relación laboral, en especial lo relacionado con la subordinación y dependencia; destaca que la relación que la actora aduce, se dio bajo los parámetros estrictamente contractuales de la Ley 80 de 1993.

Propuso como excepción previa la Prescripción de las acreencias laborales, y como excepciones de mérito: i) Inexistencia de la relación laboral; ii) Mala fe de la demandante, iii) Prescripción, iv) Cobro de lo no debido, v) Innominada y genérica y vi) Compensación.

3.3. AUDIENCIA INICIAL:

Se realizó el día 28 de mayo 2019, diligencia en la que se saneó el proceso, se fijó el litigio, se resolvieron las excepciones previas y se decretó la práctica de las pruebas solicitadas, fijándose fecha y hora para la recopilación de las mismas.

3.4. AUDIENCIA DE PRUEBAS:

El 20 de agosto de 2019 se llevó a cabo la audiencia de pruebas, en la que se dio por terminado el periodo probatorio por considerar que existía material suficiente para adoptar una decisión definitiva y se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, concediéndose el término de los 10 días siguientes para que las partes allegaran sus alegatos de conclusión, y para que el Agente del Ministerio Público emitiera concepto de fondo, si a bien lo tenía.

3.5. PRUEBAS: Obran en el expediente los siguientes elementos probatorios:

Nº CONTRATO/ORDEN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN	OBJETO	VALOR
00131 de 28 de enero de 2010 y su Adición	2 de febrero 2010	1º de diciembre de 2010	Prestación de servicios profesionales de carácter temporal como Instructora para orientar y asesorar los proyectos de formación del programa Integración SENA – MEN – Documentación y Registro de Operaciones Contables	\$17.710.000
0000052 de 3 de febrero de 2011	4 de febrero de 2011	29 de junio de 2011	Prestación de servicios profesionales de carácter temporal como Instructora, para atender procesos de formación titulada en sus distintas modalidades, en el Centro de Operación y Mantenimiento Minero del SENA Regional Cesar	\$12.437.400
000318 de 25 de julio de 2011 y su adición	25 de julio de 2011	30 de diciembre de 2011	Prestación de servicios profesionales de carácter temporal como Instructora, para atender procesos de formación titulada en sus distintas modalidades, en el Centro de Operación y Mantenimiento Minero del SENA Regional Cesar	\$9.079.302
01221 de 2012	14 de febrero de 2012	29 de junio de 2012	Prestación de servicios profesionales de carácter temporal como Instructora, para atender procesos de formación titulada en sus distintas modalidades, en el Centro de Operación y Mantenimiento Minero del SENA Regional Cesar	\$9.000.000
082812 de 2012	18 de julio de 2012	2 de diciembre de 2012	Prestación de servicios profesionales de carácter temporal como Instructora, para atender procesos de formación titulada en sus distintas modalidades, en el Centro de Operación y Mantenimiento Minero del SENA Regional Cesar	\$13.463.955
000792 de 2013	3 de septiembre de 2013	13 de diciembre de 2013	Prestación de servicios profesionales de carácter temporal como Instructora en la Red de Conocimiento, Gestión Administrativa y Financiera – Programa de Formación Regular en el Centro de Operación y Mantenimiento Minero, así como las actividades de capacitación y/o auditoría para el Sistema Integrado de Gestión de Calidad del SENA	\$10.077.980
000286 de 2014 y su adición	21 de enero de 2014	12 de diciembre de 2014	Prestación de servicios profesionales de carácter temporal como Instructora en la Red de Conocimiento, Gestión Administrativa y Financiera – Programa de Formación Regular en el Centro de Operación y Mantenimiento Minero, así como las actividades de capacitación y/o auditoría para el Sistema Integrado de Gestión de Calidad del SENA	\$25.845.600
000106 de 2015 y su adición	30 de enero de 2015	19 de diciembre de 2015	Prestación de servicios profesionales de carácter temporal como Instructora en la Red de Conocimiento, Gestión Administrativa y Financiera – Programa de Formación Regular en el Centro de Operación y Mantenimiento Minero, así como las actividades de capacitación y/o auditoría para el Sistema Integrado de Gestión de Calidad del SENA	\$27.720.000

En audiencia de pruebas se recolectaron los siguientes testimonios:

- GREGORIA ESTHER DE ARMAS DE LA ROSA:

"(...) PREGUNTA: Conoce usted a la señora MERCY LUZ CAMARGO ROSADO e indique en qué fecha la conoció. RESPUESTA: Si, si conozco a la señora MERCY LUZ CAMARGO ROSADO, la conozco desde el año 1995, empezamos a trabajar juntas y posteriormente nos encontramos en el SENA a partir del año 2010. PREGUNTA: Qué tipo de relación tiene con la demandante. RESPUESTA: Amigas desde esa época. PREGUNTA: Cuénteme de su vinculación al Sena. RESPUESTA: Yo fui vinculada al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA en febrero del año 2010. PREGUNTA: Instructora en qué área. RESPUESTA: En el área de contabilidad y finanzas. PREGUNTA: Qué labores hace un instructor. RESPUESTA: Un instructor hace toda la labor pedagógica de enseñanzas y preparador de guías que se desarrolla dentro de formación. PREGUNTA: Deben cumplir horario. RESPUESTA: Si claro. PREGUNTA: Qué horario le tocó desempeñar. RESPUESTA: Yo tengo un horario de 8 horas y fue un horario que me entregaron, no tuve la opción de decir de tarde puedo o en la mañana no, me entregaron ese horario y yo lo cumplía. PREGUNTA: Cómo era el horario, de qué hora a qué hora. RESPUESTA: Los horarios ocasionalmente eran fraccionados de acuerdo a la formación o números de clase que tengan los aprendices en ese momento, era un horario continuo. PREGUNTA: A qué hora empezaba la jornada. RESPUESTA: Empezaba a las 6 de la mañana, terminaba a las 11 y volvía a empezar a la 1:45 pm y terminaba a las 6 o 5:45. PREGUNTA: Qué le consta de la vinculación de la demandante. RESPUESTA: Éramos compañeras de trabajo y me consta que cumplía horario igual que yo el que nos establecían. PREGUNTA: En qué área se desempeñaban. RESPUESTA: También en contabilidad y finanzas en programa del SENA con vinculación con la media. PREGUNTA: Cómo fue la vinculación. RESPUESTA: Fue un contrato de forma directa. PREGUNTA: Para que fueran seleccionadas tuvieron que agotar algún procedimiento. RESPUESTA: Si, había una convocatoria, uno presentaba la solicitud cumpliendo con todos los requisitos, con todos los soportes o anexos de cumplimiento de evidencias de esos requisitos. PREGUNTA: Hasta qué fecha prestó los servicios en el SENA la señora CAMARGO ROSADO. RESPUESTA: No, no lo preciso. PREGUNTA: Infórmele al Despacho si recibían algunas órdenes directamente de las funciones que ustedes cumplían tanto usted como la señora MERCY o si tiene conocimiento de que la señora tenía una subordinación y de quien era. RESPUESTA: Todos cumplíamos órdenes de un director que coordinara el programa, la señora CLAUDIA LUZ ORTÍZ ORTÍZ, y era ella quien impartía las ordenes, las instrucciones de los horarios. PREGUNTA: Usted ha tenido algún proceso contra el SENA. RESPUESTA: Si, fue fallado a mi favor y actualmente se encuentra en el Consejo de Estado."

- JOSÉ DÍAZ PARODI:

"(...) PREGUNTA: Conoce usted a la señora MERCY LUZ, y en caso afirmativo, hace cuánto y por qué causa. RESPUESTA: Si la conozco, la conozco por dos causas, una personal social más o menos desde 2008 en adelante y por razones profesionales en la labor de la institución del SENA como instructora de esta región. PREGUNTA: El hecho que se da en 2008, fue en el momento en que la conoció personalmente, cómo ocurrió ese encuentro entre ustedes. RESPUESTA: La hermana tiene una peluquería para dama y caballeros, y tuve contacto con ella desde allí. PREGUNTA: Sabe usted cuándo se vinculó ella al SENA y desde qué año. RESPUESTA: La conocí en el SENA como instructora en principio como a eso de 2010, primero estuvo como profesional y después como contratista de la entidad en el área de contabilidad y de finanzas, subió a varios programas que tiene la entidad. PREGUNTA: De acuerdo a la experiencia que usted tiene en el SENA, cómo es la forma de vinculación. RESPUESTA: Tiene varias formas de vinculación, en principio, tiene a los trabajadores oficiales del Estado, tiene a los funcionarios de planta que ingresan por concurso de mérito, se pueden vincular como provisionales durante un periodo a pesar de que se pueden alargar sus periodos. PREGUNTA: Decía usted al inicio que está vinculado al SENA como instructor, en que área específica. RESPUESTA: En el área de Ética y Desarrollo Humano, pedagogía. PREGUNTA: En el cargo que desempeñó la demandante, recuerda si ese cargo estaba

previsto en la planta. RESPUESTA: Creo que inicialmente estaba previsto en la planta, pero luego si se vinculó como contratista de la entidad. PREGUNTA: Qué diferencia hay entre un empleado de planta como lo es usted y uno que sea contratista o en provisionalidad. RESPUESTA: Prácticamente ninguna, porque los de planta, en el cargo de instructor, ya bien sea de planta, ya bien sea de contratista, o bien sea provisional, deben atender las labores misionales que tiene la entidad, esto es, planear, ejecutar y evaluar las actividades que tiene la entidad, deben asistir a reuniones. PREGUNTA: Sabe usted si la señora Camargo Rosado tenía algún horario asignado mientras estuvo vinculado al SENA. RESPUESTA: Debí tenerlo porque los funcionarios que entran por contratos de prestación de servicios hacen funciones normales, en la práctica deben cumplir horario. PREGUNTA:Cuál era la finalidad de las reuniones a las que asisten. RESPUESTA: Todas las actividades que se vayan a realizar o cumplir”

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Las partes intervinientes en este asunto ratificaron los argumentos expuestos en el transcurrir del proceso.

3.7. AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO:

No emitió concepto en esta instancia.

IV. CONSIDERACIONES.-

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia y sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el Tribunal a realizar el estudio de las diversas piezas del expediente, para a partir de allí, a la luz de las normas legales pertinentes, de las pruebas legalmente solicitadas, decretadas y allegadas al mismo, adoptar la decisión que en derecho corresponda.

4.1.- COMPETENCIA.-

La Corporación es competente para conocer en primera instancia el asunto de la referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 2° del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –en adelante CPACA-¹.

4.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

De acuerdo con los hechos expuestos en el escrito de demanda, su contestación y las alegaciones presentadas en esta instancia, corresponde a esta Corporación determinar si en el presente caso, a la demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar de la entidad demandada, el pago de las prestaciones salariales y sociales no canceladas durante el tiempo que prestó sus servicios como instructora en el área contable en el SENA, en aplicación del principio de “primacía de la realidad sobre formalidades”, o por el contrario, si los contratos de prestación de servicios que celebró con dicha entidad se ajustan a la normativa legal vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia, propios de una relación laboral.

¹ "ARTÍCULO 152. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes [...]".

4.3.- DE LA VARIACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.-

En lo que se refiere a la posibilidad de demandar ante esta jurisdicción la existencia de una relación laboral disfrazada mediante la figura del contrato de prestación de servicios, han sido múltiples las posiciones asumidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, las cuales han ido evolucionando desde una posición restrictiva, en la cual era posible para las entidades públicas realizar dichas contrataciones sin que diera lugar a una relación laboral, hasta una tesis más garantista con base en los postulados constitucionales.

Dicho tránsito ha sido analizado por el Consejo de Estado de la siguiente manera²:

“El tema del contrato realidad ha generado importantes debates judiciales. Uno de ellos se dio con ocasión del examen de exequibilidad que realizó la Corte Constitucional al numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público. Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte estableció que el ejercicio de tal potestad es ajustada a la Carta Política, siempre y cuando la Administración no la utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal subordinada y dependiente³.

Esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 C.P. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Tal consideración se contrapone a la Jurisprudencia anterior, en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada en sus actividades para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento de subordinación⁴.

Así las cosas, se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993, cuando: 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 señalar que debe ser entendida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere

² Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A. Consejero ponente: Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, diez (10) de febrero de dos mil once (2011) Expediente: 1618-09.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-154-97 M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

⁴ Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

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 empleados públicos.

Cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente conduce al reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados⁵. –Sic-

En concordancia con la jurisprudencia transcrita anteriormente, se tiene que para la prosperidad de las pretensiones dentro de las acciones encaminadas a la declaratoria de un contrato realidad con la administración, se hace necesario que se encuentren configurados los tres elementos de la relación laboral, esto es, prestación personal del servicio, la remuneración y principalmente lo que hace referencia a la subordinación del contratista con la entidad demandada.

Ahora bien, la Sala deberá analizar lo concerniente a la posible prescripción de los salarios y prestaciones sociales derivados de los diversos contratos de prestación de servicio que se allegaron al expediente, por cuanto, *“aunque a simple vista se pueda concluir que no es posible ordenar el pago de algunos derechos salariales y prestacionales porque estos se encuentran prescritos al no reclamarse oportunamente; el juez de conocimiento debe estudiar la procedencia o no de la declaratoria de la relación laboral, toda vez que de esta se deriva la existencia de derechos pensionales que son imprescriptibles”⁶*. En este mismo sentido deberá la Sala abordar el tema de la existencia o no de la solución de continuidad en la ejecución de los contratos de prestación de servicio en atención a lo señalado en sentencia del Honorable Consejo de Estado de fecha 23 de junio de 2016, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A, Rad interno: 0881-14, cuando indicó:

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

Finalmente, cabe destacar que la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, emitió sentencia de unificación jurisprudencial en relación con el tema de contrato realidad, el 25 de agosto de 2016, Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, expediente No. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), en la que concluyó:

⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección “A”. Sentencia 17 de abril de 2008. Rad No. 2776-05. C.P. Dr. Jaime Moreno García; Sentencia del 17 de abril de 2008. Rad. No. 1694-07. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia del 31 de Julio de 2008. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 14 de agosto de 2008. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁶ Sección Segunda, Subsección “b”, providencia de 4 de febrero de 2016, C.P. Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, Expediente No. 27001-23-31-000-2013-00334-01, Actor: JOSÉ ABAD CAICEDO TORRES.

"3.5 Síntesis de la Sala. 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 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.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados." -Sic-

De acuerdo con las anteriores premisas, procede la Sala a realizar el análisis de fondo de las pruebas allegadas al proceso.

4.4.- CASO CONCRETO.-

Pues bien, respecto a la configuración de los tres elementos de la relación laboral en el presente asunto, se observa en primer lugar, que en cuanto a la prestación personal del servicio, se encuentra demostrado que entre la señora MERCY LUZ CAMARGO ROSADO y el SENA, se celebraron unos contratos de prestación de servicios, cuyo objeto en común era prestar los servicios personales de carácter temporal como instructora en la Red de Conocimiento, Gestión Administrativa y Financiera – Programa de Formación Regular en el Centro de Operación y Mantenimiento Minero del SENA Regional Cesar.

En consecuencia, procede esta Colegiatura a determinar si dentro del presente caso puede dilucidarse la presencia de subordinación de la señora MERCY LUZ CAMARGO ROSADO, hacia la entidad para la cual prestaba sus servicios.

En aras de aclarar lo anterior, cabe destacar en primera medida que la doctrina del contrato realidad es una construcción conceptual que se ha elaborado a partir del hecho cierto, que la administración en muchos casos ha desnaturalizado la figura del contrato de prestación de servicios para encubrir una verdadera relación laboral de hecho, concluyendo que en aquellos casos en que se pueda demostrar que ese ha sido el obrar de la administración, el contratista tiene derecho para que a título de indemnización se le cancelen las prestaciones sociales causadas durante el período de vigencia del contrato.

Para esos efectos se ha partido de constatar, que la figura del contrato de prestación de servicios lo utiliza la administración como medio para contratar en forma excepcional y transitoria los servicios que mediante la planta de personal no puede obtener por razones técnicas, profesionales o científicas, figura que claramente se diferencia de la relación laboral que tienen los servidores públicos con el Estado, quienes por regla general se vinculan mediante relación legal y reglamentaria, para realizar labores propias y habituales del organismo oficial, lo que conlleva la existencia de una relación o vínculo permanente, subordinado y remunerado⁷.

De allí que cuando se acredita que el contrato de prestación de servicios se ha suscrito con el objeto de que el contratista cumpla funciones permanentes propias del objeto de la entidad y con subordinación o dependencia respecto del empleador, el H. Consejo de Estado haya admitido que se debe reconocer el pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo (artículo 53 Constitución Política⁸).

En consecuencia, para que proceda el reconocimiento y pago de esta clase de indemnizaciones, es deber de la parte demandante acreditar en debida forma la

⁷ La Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, se pronunció al respecto en los siguientes términos: "... b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios." –Se resalta-

⁸ Con relación al principio constitucional de primacía de la realidad en las relaciones laborales, la Corte Constitucional ha precisado en sentencia T-291/05 del 31 de marzo de 2005. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.: "... De acuerdo con el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre formas (Art. 53 de la Constitución), independientemente del nombre que se le da al contrato o de las aparentes relaciones contractuales que se establezcan, si en la práctica se comprueba la existencia de los tres requisitos antes señalados, se estará frente a un relación laboral. Como consecuencia de esto, quien desempeña la labor será tenido como un trabajador, con todos los derechos y obligaciones propias de tal posición contractual y la persona o entidad que recibe el servicio prestado o quien señala las pautas de modo, tiempo y cantidad de ejecución del mismo y le paga el salario al trabajador, será tenido en cuenta como el empleador, con todos los derechos y obligaciones propias de tal posición contractual. La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia ha dado aplicación al mencionado principio de primacía de la realidad sobre las formas, en aras de proteger los derechos fundamentales de trabajadores, quienes a pesar de cumplir con los tres requisitos esenciales, constitutivos de una relación laboral, su empleador les ha negado la calidad de tales". –Se resalta y subraya-

conurrencia de los elementos del contrato de trabajo al ejecutar la labor contratada, esto es, la existencia de subordinación o dependencia, la prestación personal del servicio y la remuneración por el trabajo cumplido.

Por otra parte y teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa el demandante reclama la existencia de un vínculo laboral derivado de sus contratos de prestación de servicios ejecutados como instructor (docente) al servicio del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA–, es preciso tomar en consideración los siguientes lineamientos jurisprudenciales:

“... [s]e tiene que la labor docente no es independiente sino que el servicio se presta personalmente y está subordinado al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación. Así lo ha manifestado en reiteradas oportunidades esta Corporación⁹:

“De lo anterior se infiere, que pertenece a la esencia de la labor docente el hecho de que el servicio se preste personalmente y esté subordinado al cumplimiento de los reglamentos educativos, a las políticas que fije el Ministerio de Educación, a la entidad territorial correspondiente para que administre dicho servicio público en su respectivo territorio, al pènsum académico y al calendario escolar.

No es entonces la labor docente independiente y siempre corresponde a aquella que de ordinario desarrolla la administración pública a través de sus autoridades educativas, pues no de otra manera puede ejercerse la enseñanza en los establecimientos públicos educativos, sino por medio de los maestros.”

Por tanto, es claro para la Sala que la subordinación y la dependencia se encuentran ínsitas en la labor que desarrollan los docentes; es decir, son consustanciales a su ejercicio.

En el presente caso, no encuentra la Sala demostrada diferencia alguna entre la llamada vinculación contractual de la actora, y la actividad desplegada por los docentes empleados públicos del Municipio, teniendo en cuenta que la demandante laboraba en los mismos establecimientos educativos, desarrollaba la misma actividad material, cumplía órdenes y horario y el servicio era prestado de forma permanente, personal y subordinada. Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia C-555 de 1994, expresó:

“Desde el punto de vista de la actividad material que ejecutan los docentes temporales, no parece existir diferencia respecto de la que realizan los docentes – empleados públicos. Si no se encuentra una diferencia, entre estos dos supuestos, edificada sobre un criterio de comparación que sea razonable, perdería plausibilidad el régimen jurídico asimétrico que, en las condiciones ya referidas, la Ley contempla en los aspectos principales (remuneración, prestaciones, derechos y obligaciones), es más favorable para los docentes empleados públicos.”

(...) “Hasta tal grado no existen diferencias entre los dos supuestos estudiados, actividad de los docentes temporales y actividad de los docentes empleados públicos, que la única particularidad que exhiben los últimos respecto de los primeros es la de recibir un trato a favor emanado del régimen legal, cuya aplicación exclusiva, en estas condiciones, queda sin explicación distinta de la concesión de un privilegio. Lo que a menudo constituye la otra cara de la discriminación, cuando ella es mirada desde la óptica de los excluidos.”

Por otra parte, la Corte Constitucional, en Sentencia C-154 de 1997, expresó claramente las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios, así:

⁹ CITA ORIGINAL: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 23 de octubre de 2008, Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, expediente No. 0407-2007, actor: Ismael Muñoz Sandoval.”

“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquel 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 la 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 sensú, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante en impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de un 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.”

Así las cosas, observa la Sala, que la demandante se encontraba en la misma situación de hecho predicable de los educadores incorporados a la planta de personal de la entidad territorial. Sin duda alguna el servicio no se regulaba por contratos de prestación de servicios sino que, conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, existía una relación laboral, que impone la especial protección del Estado en igualdad de condiciones a la de los docentes de planta, según los artículos 13 y 25 de la Constitución Política.

Al respecto, en sentencia de 15 de junio de 2006, Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante, se sostuvo:

“Los simulados contratos de prestación de servicios docentes suscritos con la demandante, pretendieron esconder una vinculación de derecho laboral público, a pesar de que, como se explicó, la actora no puede ser considerada empleada pública docente. Al no tener entonces esa calidad, mal puede esta Sala decretar las prestaciones que reclama, por la sencilla razón de que tales prestaciones sociales nacen en favor de quienes, por cumplir todas las formalidades sustanciales de derecho público, para el acceso al servicio público, alcanzan la condición de servidor, cuestión que no es el caso de la demandante.

Sin embargo, como se dijo anteriormente, la administración desconoció el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, y con ello ocasionó unos perjuicios que deben ser resarcidos a la luz del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo. (...)

Ahora bien, en el caso de los docentes, el nombramiento procede luego de surtirse el proceso de selección mediante concurso, según lo previsto en el artículo 105, inciso 2, de la Ley 115 de 1994, que textualmente dice: [. . .]

Por lo que, para alcanzar la condición de empleado público es necesario que se profiera un acto administrativo que ordene la respectiva designación; que se tome posesión del cargo, que la planta de personal contemple el empleo; y que exista disponibilidad presupuestal para atender el servicio.

Ninguno de los supuestos antes mencionado se encuentra probado en el proceso, en estas condiciones, ordenar la vinculación de la actora al ente territorial mediante nombramiento legal y reglamentario transgrediría las normas constitucionales y legales pertinentes, pues el solo hecho de trabajar para el Estado no confiere la condición de empleado público.

Como ya se mencionó, por tratarse de una relación de carácter público y dadas las exigencias del servicio público, nadie puede alcanzar la condición de servidor sin que se hayan cumplido todos los requisitos exigidos para ello. En consecuencia, aunque los contratos de prestación de servicios docentes de la demandante pretendieron esconder una vinculación de derecho laboral público, la actora no puede ser considerada empleada pública docente, pues, como ya se indicó, al no haberse demostrado dentro del plenario los elementos constitutivos de un empleo público, sería incompatible ordenar el reintegro de un contratista a un cargo inexistente en la planta de personal, que no tiene denominación ni remuneración y que sus funciones no están descritas en la ley¹⁰.

Por lo mismo, también se impone entender que el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, en desarrollo de lo previsto en el artículo 53 de la Carta Política, no puede ampliarse hasta conceder a favor de la demandante unas prestaciones sociales propiamente dichas, pues ellas nacen a favor de quienes, por cumplir todas las formalidades sustanciales de derecho público para el acceso al servicio público, alcanzan la condición de servidores públicos.

Esta Corporación ha sido clara en establecer, que los docentes vinculados mediante contratos u órdenes de prestación de servicios, se les debe reconocer a título de reparación del daño¹¹, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los docentes oficiales de la respectiva entidad contratante, tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios. [. . .]¹²-Se resalta y subraya por fuera del texto original-

Esta misma posición ha sido recientemente ratificada, al expresarse:

“ . . . La Sección Segunda de esta Corporación venía sosteniendo mayoritariamente respecto de los docentes que celebraron contratos similares de prestación de servicios, que por estar desvirtuados los elementos de una relación contractual, surgía una relación laboral de derecho público, en cuanto se configuraban los elementos propios de ésta: actividad personal del trabajador, continua subordinación o dependencia y salario. Y que por ello, debía primar la realidad sobre las formalidades, lo que implicaba que, a título de indemnización, se ordenara el pago del equivalente a las prestaciones sociales iguales a los funcionarios de planta, por ser las cláusulas contractuales inexistentes, ineficaces e inoponibles, por ocultar una relación laboral.

Dicho criterio fue reemplazado, por sentencia de la Sala Plena de ésta Corporación al señalar entre otros aspectos trascendentales que la actividad del contratista puede ser igual a la de los empleados de planta porque éste no alcanza para colmar el servicio público y por lo tanto es lógico que tengan que contratar con personal externo para determinadas actividades. Así

¹⁰ CITA ORIGINAL: “Mediante sentencia del 19 de febrero de 2009, Sección Segunda, Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, expediente No. 3074-2005, actora: Ana Reinalda Triana Viuchi, se expuso: “El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.”

¹¹ CITA ORIGINAL: “En la misma sentencia, se indicó que la liquidación de la condena en los contratos realidad se hará por medio de una indemnización a título de reparación de daño, textualmente se dijo: “Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda de ordenar la indemnización reparatoria con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia.”

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 3 de septiembre de 2009. Proceso No. 2003-00458-01(1282-07). Magistrado Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila.

mismo, se dijo que en los contratos de prestación de servicios no se genera pago de prestaciones sociales porque el vínculo con la administración deviene de una relación contractual que no permite prever el pago de dichos emolumentos.

Posteriormente, la jurisprudencia estableció que en determinados casos puede accederse al pago de prestaciones sociales, bajo la acreditación de los tres elementos de la relación laboral pero especialmente los de subordinación o dependencia, a la vez que se señaló, que en situaciones específicas de mera coordinación no se permite configurar la existencia de la subordinación, evento en el cual no se encubriría una relación laboral.”¹³- Sic para lo transcrito -

De acuerdo con lo anterior, es dable concluir que labor docente por sí misma, en su naturaleza denota los elementos propios de una relación laboral como lo son la subordinación y la dependencia, lo que desvirtúa el hecho de que se pueda contratar o acceder a dicha labor a través de la figura de órdenes o contratos de prestación de servicios.

Aunado a lo anterior, se constató en el plenario que los contratos de prestación de servicios suscritos por la hoy demandante, implicaban una carga académica considerable, ya que como mínimo se contrataban más de 90 horas mensuales

Cabe precisar que a pesar de haber existido, en ciertos momentos, solución de continuidad en la prestación del servicio, de conformidad con lo señalado en el artículo 10 del Decreto 1045 de 1978¹⁴, es de fácil demostración que la actividad desarrollada por la actora se trataba de un trabajo continuo, con vocación de permanencia, que quiso ser enmascarado bajo la figura del contrato de prestación de servicios. En este orden de ideas, priman los derechos del trabajador (primacía de la realidad) sobre la modalidad de vinculación que utilizó la accionada.

Así las cosas, y conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, se considera ajustada a derecho la sentencia de primera instancia, en el sentido que declaró que entre la señora MERCY LUZ CAMARGO ROSADO y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-, existió una relación laboral, que impone la especial protección del Estado en igualdad de condiciones a la de los demás empleados de planta de personal del ente, según términos de los artículos 13 y 25 de la Constitución Política.

Se resalta que lo anterior, fue corroborado con las declaraciones recopiladas en la etapa probatoria.

Corolario de lo expuesto, se declarará la nulidad de los actos demandados, a través de los cuales el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas, declarando en consecuencia la existencia de una relación laboral entre la demandante y el SENA.

4.5.- DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO.-

Si bien la sentencia que declara la existencia del contrato realidad es de carácter constitutivo, el interesado debe reclamar ante la administración los derechos

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2002-00244-01(2152-06) Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

¹⁴ "ARTÍCULO 10º.- Del tiempo de servicios para adquirir el derecho a vacaciones. Para el reconocimiento y pago de vacaciones se computará el tiempo servido en todos los organismos a que se refiere el artículo 2o. de este Decreto, siempre que no haya solución de continuidad. Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad." –Resaltado y subrayado por fuera de texto-

laborales derivados del vínculo de trabajo, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama¹⁵.

Al respecto, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, señala que las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en 3 años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible; no obstante, dispuso que 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.

En el caso bajo estudio, se observa que el 4 de agosto de 2017 la demandante presentó reclamación ante el SENA en procura de obtener el pago de las prestaciones sociales, y que el último contrato de prestación de servicios suscrito entre ésta y la entidad accionada, culminó el 19 de diciembre de 2015, de lo que se desprende que la indemnización para el pago de salarios y prestaciones sociales derivadas de la relación contractual, fue presentada dentro del término establecido legalmente.

No obstante lo anterior, únicamente se reconocerán las prestaciones sociales a que tenía derecho la señora MERCY LUZ CAMARGO ROSADO, desde la suscripción del contrato 000286 de 2014 y su adición, ya que entre este, el cual inició el 21 de enero de 2014, y el contrato 000792 de 2013, que finalizó el 13 de diciembre de 2013 existió solución de continuidad, y por ende se encuentran prescritos, ya que no fueron reclamados dentro de los 3 años siguientes a su culminación.

Cabe destacar, que para efectos de determinar el plazo durante el cual se extendió la relación laboral de hecho que se declaró en este proceso, únicamente resulta procedente valorar los periodos de tiempo que se encuentren soportados por contratos u órdenes de prestación de servicios.

De otro lado, teniendo en cuenta que la prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión debió haber realizado el empleador, en aras de garantizar este derecho, se ordenará al SENA que tome el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante (para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios), dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios (aunque hayan sido afectados por la prescripción), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por ésta como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones durante el tiempo que duró el referido vínculo contractual, y en la eventualidad de que no la hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Magistrado ponente: Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Bogotá, 16 de diciembre de 2013, Expediente N° 11001-03-15-000-2013-01015-01, Demandante: Jesús Bayona Gómez, Sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Segunda, el 23 de enero de 2014, dentro del expediente de tutela (acumulado) N° 2013-01741 (1742), Demandantes: Jaidi Uribe Silva y Luz Adielia Cano Castilblanco, C.P. Dr. Gustavo E. Gómez Aranguren. Y Sentencia de 9 de abril de 2014, Sección Segunda, Subsección "A", Radicación No. 20001 23 31 000 2011 00142 01 (0131-13), Actor Rosalbá Jiménez Pérez y Otros. C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

4.6.- CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.-

Al respecto, la Sala de Decisión acudirá al de causación, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁶, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso¹⁷.

En este orden, la Sala observa que al efectuar la valoración de las pruebas obrantes en el proceso, no existe ninguna que sugiera causación de expensas distintas a los gastos ordinarios del proceso, que son completa responsabilidad del demandante, razón que al margen de la conducta de las partes, sugiere que no procede su imposición al vencido, por lo que no se condenará en costas en este proceso.

4.7.- ACEPTACIÓN DEL IMPEDIMENTO.-

Atendiendo a la manifestación hecha en la Sala de Decisión por parte del doctor JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA, en el sentido de declararse impedido para participar en esta decisión por concurrir en su caso la causal prevista en el numeral 4º del artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que su hermano CARLOS BELISARIO APONTE DÍAZ, actualmente funge como contratista del SENA, se resuelve aceptar su impedimento. DECISIÓN.-

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NULO, el Oficio No. 2-2017-004148 expedido el 17 de agosto de 2017, suscrito por la Subdirectora de Centro del SENA Regional Cesar, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas por la señora MERCY LUZ CAMARGO ROSADO, y en su lugar DECLARAR la existencia del contrato realidad por las consideraciones anotadas, entre la demandante y el SENA.

SEGUNDO: DECLARAR la prescripción de los derechos laborales a que tenía derecho la demandante, durante el período comprendido entre 2 de febrero 2010 al

¹⁶ «Artículo 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.»

¹⁷ «Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.
2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.
3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.
4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.
5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.
6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.
7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se le reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.
8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.
9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.» (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

13 de diciembre de 2013, por no haberlos solicitado oportunamente, exceptuando lo relativo a aportes pensionales, tal como se indicará a continuación.

TERCERO: Como consecuencia de lo indicado, y a título de restablecimiento del derecho, durante el período comprendido entre el 21 de enero de 2014 y el 19 de diciembre de 2015, se reconocerá por el SENA a la señora MERCY LUZ CAMARGO ROSADO, a título de indemnización, una suma equivalente a las prestaciones canceladas a los Instructores que realizan similar labor a la efectuada por la demandante, para lo cual se tomará como base de liquidación el valor pactado en los respectivos contratos de prestación de servicios u orden de trabajo, anotados en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: Ordénese al SENA, a tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante, MERCY LUZ CAMARGO ROSADO, dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, incluso los que fueron declarados prescritos, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por ésta como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones durante el tiempo que duró el referido vínculo contractual, y en la eventualidad de que no la hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: Sin condena en costas.

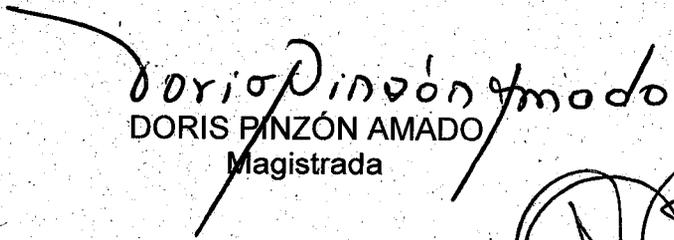
SÉPTIMO: Ejecutoriada esta decisión, por Secretaría líquidese la cuenta de gastos del proceso y de ser procedente, realícese la devolución de su remanente a la parte actora.

OCTAVO: ACÉPTESE el impedimento manifestado por el doctor JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA, de acuerdo con las consideraciones expuestas.

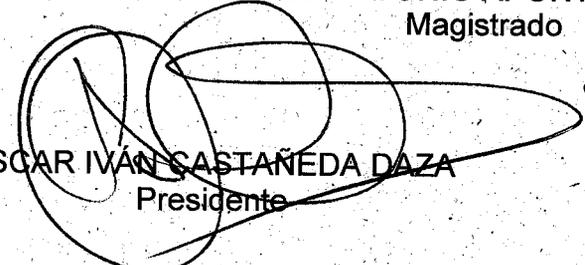
NOVENO: En firme esta providencia, archívese el expediente.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 133.


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada

(Impedido)
JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado


OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
Presidente