**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Autonomía e independencia técnica y profesional**

De lo anterior se desprende que los contratos de prestación de servicios se permiten en los casos en los cuales la función de la administración no puede ser realizada por personas pertenecientes a la planta de la entidad oficial contratante, o por la necesidad de conocimientos especializados. Además, en estas situaciones hay autonomía e independencia técnica y profesional por parte del contratista.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Subordinación – Subordinación continuada**

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación continuada, caso en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

**RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA – Requisitos especiales**

Se entiende de lo anterior que no necesariamente se está frente a un contrato laboral cuando se desempeñan funciones similares a las de los empleados de planta, dado que una relación legal y reglamentaria tiene requisitos especiales. Por otra parte, se debe resaltar que en el caso en que se labore en la sede de la entidad, ello por sí mismo, no da lugar a que se declare la existencia del contrato laboral.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Relación de coordinación**

También se vislumbra de la jurisprudencia citada *ut supra* que el hecho de recibir instrucciones sobre la correcta prestación del servicio, cumplir determinados horarios, rendir informes sobre la prestación del mismo no constituyen elementos de una relación de subordinación continuada, sino que se enmarcan en una relación de coordinación que debe existir entre los contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios y la administración para la correcta ejecución de los recursos públicos en aras de prestar un mejor servicio.

**SUBORDINACIÓN CONTINUADA – Elementos**

De lo expuesto en los presentes acápites se desprende que el señor Juan Carlos Cárdenas Mejía logró probar que la relación contractual entablada con el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, se enmarcaba en un contrato de trabajo, por la continua subordinación, en donde se le debe dar aplicación al principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, con la respectiva consecuencia del pago de las prestaciones sociales a su favor, toda vez que se demostró que la naturaleza de las labores que desarrolló, ampliamente descritas en precedencia, no permitían ejecutarlas de manera independiente o con autonomía, sino bajo una continua relación de subordinación, dada la naturaleza especial de esas funciones, lo cual demuestra que en realidad se configuró el elemento de la subordinación continuada.

**COSTAS PROCESALES – Concepto**

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias en derecho, los llamados en el CPACA gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte del expediente al superior en caso de apelación. Tiene previsto el artículo 188 ídem que «salvo en los procesos en los 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», hoy día por el Código General del Proceso. Lo anterior permite establecer unas conclusiones básicas sobre las costas: La legislación varió del Código de Procedimiento Civil al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la condena en costas de un criterio subjetivo a uno objetivo; Toda sentencia “dispondrá” sobre costas, bien sea con condena total o parcial o con abstención; Se requiere que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso); La cuantía de la condena en agencias en derecho se hará atendiendo el criterio de la posición en la relación laboral, pues varía según sea parte vencida, si es el empleador o si es el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura), la complejidad e intensidad de la participación procesal; y, Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. En orden a lo anterior, como las dos partes apelaron y se confirmó la sentencia recurrida, haciendo entrar en gastos a la administración de justicia, esta Sala de Decisión condenará en costas a la entidad demandada, quien resultó vencida en las resultas del proceso.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 05001–23–33–000–2012–00391–02(4865–14)**

**Actor: JUAN CARLOS CÁRDENAS MEJÍA**

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

**Asunto: Fallo ordinario – CPACA – Contrato realidad** SO. 0117

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 26 de agosto de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Juan Carlos Cárdenas Mejía, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

**ANTECEDENTES**

El señor Juan Carlos Cárdenas Mejía por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., pidió la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 2–2012–003050 de 10 de mayo de 2012, proferido por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje, mediante el cual se le negó una solicitud de 4 de mayo de 2012 consistente en el reconocimiento y pago de unas prestaciones sociales y otros emolumentos que considera tener derecho.

A título de restablecimiento del derecho pidió que se le reconozca y pague: cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, primas de servicios, primas de navidad, primas y auxilios que la entidad le reconoce a quienes desempeñan el cargo de médicos vinculados en la planta de personal del SENA.

La indemnización moratoria desde que finalizó la relación que unió a las partes y subsidiariamente se ordene reconocer la indexación de cada uno de los derechos reclamados teniendo en cuenta la fecha en que se hicieron exigibles.

**HECHOS**

El señor Juan Carlos Cárdenas Mejía prestó sus servicios al SENA desde el 20 de marzo de 1998 hasta el 28 de diciembre de 2010, siendo contratado como médico cumpliendo sus funciones de manera permanente en las instalaciones del SENA en el servicio médico de Medellín.

La vinculación con la entidad accionada se dio mediante modalidades diferentes para simular una verdadera relación laboral, entre ellas la de contratos de prestación de servicios, órdenes de trabajo, vinculación por el sistema de adscripción y por medio de cooperativas de trabajo.

Señaló que el señor Juan Carlos Cárdenas Mejía recibía órdenes, cumplía horario de trabajo, acataba los reglamentos impuestos por el SENA, prestando sus servicios en las instalaciones y con los elementos de la entidad.

Dentro del SENA existe personal vinculado a la planta de personal que presta sus servicios en condiciones idénticas a las del demandante en el cargo de médico, siendo que a estos se les reconoce la totalidad de las prestaciones legales y al señor Juan Carlos Cárdenas Mejía no.

Narró que en el tiempo en que prestó sus servicios en la entidad demandada nunca se le pagaron sus prestaciones sociales, vacaciones y aportes para la seguridad.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

**Invocó la parte demandante como normas violadas las siguientes disposiciones:**

La Constitución Política en sus artículos: 1, 5, 8, 12 y 17.

Legales: Ley 6 de 1945 artículos 5, 6, 8, 9, 11 y 14: Decreto 3135 de 1968; Ley 4 de 1966 artículos 42, 52, 58, 59 y 60; Decreto 1045 de 1978 artículos 1, 2, 3, 5, 8, 13, 16, 17, 20, 21, 24, 25, 32, 33 y 40; y Decreto 1045 de 1978.

**CONCEPTO DE VIOLACIÓN DE LAS NORMAS INVOCADAS.**

Expresó que si el SENA hubiera tenido en cuenta las anteriores normas invocadas no hubiera negado el reconocimiento de los derechos laborales que le corresponden al demandante y como quiera que no fueron aplicadas se debe declarar la nulidad del acto demandado.

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El apoderado del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA en su escrito de contestación de demanda (ff. 99 a 104) señaló que se opone a las pretensiones de la demanda, por cuanto los contratos u órdenes de servicios censurados están ajustados a derecho y fueron consentidos por el accionante de manera consiente y voluntaria.

Como excepciones señaló la genérica, la incompetencia por falta de jurisdicción, trámite inadecuado e indebida elección de la acción legal. Aseveró que el presente asunto corresponde a un proceso ordinario laboral y la acción aplicable es la contractual, además existió por parte de la entidad el pago de lo que le correspondía al señor Juan Carlos Cárdenas Mejía de conformidad con lo estipulado en los contratos de prestación de servicios.

De ser favorables las súplicas de la demanda se podría presentar un enriquecimiento ilícito en injustificado del actor, también es claro que el demandante se vinculó de manera interrumpida con la entidad a través de contratos u órdenes de servicio y no tiene derecho a lo reclamado como sueldos y prestaciones sociales, ya que no se relacionó con el SENA mediante contratos laborales.

Afirmó que se presentó la prescripción total o parcial de lo peticionado en esta demanda, con fundamento en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

Para finalizar solicitó que no se acceda a las pretensiones incoadas en esta acción.

**SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante providencia de 26 de agosto de 2014, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (ff. 384 a 394).

Analizó la normatividad que trata sobre el contrato de prestación de servicios y lo referente a la relación laboral, igualmente trajo a colación la sentencia C–154 de 19 de marzo de 1997 de la Corte Constitucional en donde se realizó un estudio sobre las diferencias de las dos figuras aludidas.

Concluyendo de lo anterior que la subordinación o dependencia es el elemento que diferencia al contrato de prestación de servicios del contrato de trabajo o de la relación laboral.

De las pruebas obrantes en el expediente entre ellas los contratos de prestación de servicio y los testimonios recaudados, determinó la existencia de la subordinación continuada, una remuneración a cambio de los servicios prestados y la prestación personal del servicio.

Luego entró a analizar lo referente a la prescripción, la cual estimó se presentó en los contratos de los años 1999 al 2005, por cuanto el demandante tenía tres años para realizar la reclamación y él la efectuó el 4 de mayo de 2012.

Condenó a la entidad demandada a pagar al demandante las sumas que aportó para seguridad social, por cada uno de los periodos y que por ley correspondían al empleador, debidamente indexadas.

Por todo lo anterior declaró la nulidad parcial del acto administrativo demandado.

**APELACIÓN**

Tanto la parte demandante como la demandada interpusieron recurso de apelación.

* El apoderado de la **parte demandante** en su recurso de alzada (ff. 399 – 405) dijo que no está de acuerdo con la decisión del tribunal en cuanto a la prescripción de los periodos que no tomó en cuenta en el fallo recurrido.

Sostuvo que el *a quo* erró al afirmar que el demandante no tuvo vinculación con el SENA por el periodo de 2005 al 2008, sin embargo, quedó acreditado que el señor Juan Carlos Cárdenas Mejía sí prestó sus servicios por ese tiempo en la entidad, además que el reconocimiento de tal supuesto impide que se declaren los efectos de la prescripción, por cuanto no sería posible de este modo decir que la reclamación del demandante fue parcialmente extemporánea.

Sustentó lo anterior con las pruebas obrantes en el expediente, entre ellas, el documento aportado por la propia entidad, o sea, el Oficio 2–2013–01493, aunado a ello están los diversos testimonios que se practicaron en el proceso.

Evidenciándose de esta manera, que durante el tiempo en el cual el demandante prestó sus servicios por vinculación por el sistema de adscripción, conservó las condiciones de subordinación que suscribieron los periodos en los cuales se acudió a las órdenes de servicios y a los contratos de prestación de servicios.

Para terminar, señaló que la prescripción es una sanción para el acreedor que no reclama de manera oportuna los derechos de los que es titular, no obstante, en el presente asunto esos derechos solo se reconocen a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, por lo tanto, no existió la prescripción en ese periodo aludido y solicitó que se declare la nulidad total del acto administrativo demandado.

* El apoderado del **Servicio Nacional de Aprendizaje – Sena** en su recurso de apelación (ff. 396 – 398) manifestó que está de acuerdo con la prescripción del derecho de los años 1999 a 2005.

Sin embargo, consideró que el servicio médico del SENA es ajeno completamente a la entidad, toda vez que no hace parte del objeto institucional que tiene la representada, máxime que no se ofrece ni siquiera en favor de los empleados públicos o trabajadores oficiales activos de la entidad, sino a favor de los familiares dentro del primer grado de consanguinidad o de afinidad, personas que son ajenas a la institución.

Estimó que es un servicio “Sena” ajeno a los empleados, trabajadores o contratistas como es este caso. Es una prestación que escapa al giro normal de la institución, esbozó que la vinculación que se produjo fue por tiempo parcial, nunca en tiempo completo, o sea, que desempeñaba sus funciones bien sea por la mañana o por la tarde, generándose una independencia por parte del demandante, manejando él su turno, con la posibilidad de generarse otras fuentes de ingreso.

El señor Juan Carlos Cárdenas Mejía siempre fue considerado como un contratista, remunerándosele de conformidad con las horas que atendía, evidenciándose una clara diferencia entre el tratamiento con los sujetos vinculados en la planta de personal, igualmente debía cancelar por su cuenta su seguridad social.

Las labores que realizaba no encajan en ninguna modalidad que gobierna la función pública al interior de la entidad, ya que no desempeñaba funciones de mantenimiento o reparación de obras públicas, con las que pudiera rotularse de trabajador oficial.

Que para ser trabajador de planta debe existir un cargo vacante y debe sortear con éxito un concurso de méritos y que dentro de la entidad nunca existieron unas apropiaciones y reservas presupuestales para ese cargo de médico, tampoco un nombramiento o acto de posesión por parte del demandante en dicho cargo.

Para finalizar concluyó que no se presentaron lo elementos de la relación laboral y por tal motivo solicita que la sentencia apelada sea revocada.

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Ninguna de las partes hizo usó el término para presentar sus alegatos de conclusión (f. 441).

**CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El agente del ministerio público no rindió concepto (f. 441).

**CONSIDERACIONES**

**1. El problema jurídico.**

El problema jurídico se contrae a establecer si en el presente asunto entre el señor Juan Carlos Cárdenas Mejía y el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA se configuró una relación laboral, legal o reglamentaria a pesar de su vinculación mediante contratos de prestación de servicios y en caso afirmativo, si tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones solicitadas y adicionalmente se examinará si se configuró la prescripción de algunos derechos reclamados.

* 1. **La diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral.**

Para efectos de determinar el tipo de vinculación el demandante con el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, resulta pertinente recordar las diferencias entre las tipologías contractuales de prestación de servicios y de contrato laboral. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C–154 de 1997 estableció:

«El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que **la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante** o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual *“...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.*¨.

**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.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

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.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo[[1]](#footnote-1)». (Negrilla fuera de texto).

De lo anterior se desprende que los contratos de prestación de servicios se permiten en los casos en los cuales la función de la administración no puede ser realizada por personas pertenecientes a la planta de la entidad oficial contratante, o por la necesidad de conocimientos especializados. Además, en estas situaciones hay autonomía e independencia técnica y profesional por parte del contratista.

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación continuada, caso en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Sin embargo, las diferencias entre las mencionadas tipologías contractuales no se agotan con lo previamente enunciado. En efecto, esta Corporación en sentencia de Sala Plena del 18 de noviembre de 2003 señaló:

«En sentencia C–154 de 1.997 por la cual se declaró la exequibilidad del art. 32, numeral 3 ley 80 de 1.993, se expresó que en el evento de que la administración deforme la esencia y contenido natural del contrato de prestación de servicios y se dé paso al nacimiento disfrazado de una relación laboral en una especie de transformación sin sustento jurídico con interpretaciones y aplicaciones erradas, y con lo cual se vulneren derechos de los particulares “se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del contratista convertido en trabajador en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”.

5. Pero, por si lo anterior fuese poco, desde ningún punto de vista puede sostenerse que el contrato de prestación de servicios celebrado por la parte actora con la administración se oponga a derecho, es decir, que se encuentre prohibido por la ley. En efecto, el art. 32 de la L. 80 de 1.993 prescribe:

“ART. 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

.................

3º. Contrato 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 celebrase con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

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

En el aparte transcrito la norma **señala el propósito de dicho vínculo contractual, cual es el de que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa; además, que dicha relación jurídica se establezca con personas naturales, bien sea cuando lo contratado no pueda realizarse con personal de planta, lo que a juicio de la Sala acontece, por ejemplo, cuando el número de empleados no sea suficiente para ello**; bien sea cuando la actividad por desarrollarse requiera de conocimientos especializados.

Resulta, por consiguiente, inadmisible la tesis según la cual tal vínculo contractual sea contrario al orden legal, pues como se ha visto, éste lo autoriza de manera expresa.

En el caso sub–examine se demostró que la actora se vinculó a la Dirección Seccional de la Administración Judicial de Caldas a través de contratos de prestación de servicios (folios 47 a 55 C.2) con el objeto de desarrollar las actividades que se consignaron en las cláusulas primera y segunda. Y es patente que no resulta contrario al ordenamiento jurídico el cumplimiento de funciones administrativas mediante la celebración y ejecución de tales convenciones.

Las personas que rindieron declaraciones testimoniales en el proceso dan cuenta de la actividad desplegada por la actora y el cumplimiento de labores específicas, las cuales pueden materializarse a través del contrato de prestación de servicios, entre los cuales pueden figurar, entre otros, como lo ha enseñado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado**, los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, vigilancia y aseo** (sent 14 de noviembre/96 Epx 12541). Y “dicha realidad no configuraría un motivo falso que afectara el acto cuestionado, pues se limita a constatar que objetivamente hubo un contrato de prestación de servicios y que la consecuencia legal de esta relación jurídica es la señalada por el artículo 164 del Decreto 222 de 1..983, reiterado por la nueva ley de contratación estatal (artículo 32, ley 80 de 1.993), que implica la inaplicabilidad de las normas que regulan la situación legal y reglamentaria de los empleados públicos en materia de prestaciones sociales, porque la demandante no lo fue” (sent 14 de noviembre/96 exp. 12541).

6. Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.

Y lo es, en primer término, **porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores “relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad**”; **lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido**. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L. 80/93).

**Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público**; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. **Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita**. **Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta**. **En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.**

Y es, finalmente, inaceptable, que se sostenga que no existe diferencia entre los efectos de un contrato de prestación de servicios como el del sub–lite y los de una situación legal y reglamentaria con base en que tanto los contratistas como quienes se encuentran incorporados a la planta de personal se hallan en las mismas condiciones**. Y a este yerro se llega porque no se tiene en cuenta cabalmente que el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir “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” (sent C–555/94).**

Como lo ha explicado la H. Corte Constitucional son los que se acaban de señalar elementos esenciales o sustanciales sin los cuales no es posible que se dé la situación legal y reglamentaria, ni es factible que se puedan pagar prestaciones sociales a quienes desarrollan la labor ni tampoco sumas equivalentes a ellas, porque, como se indicó, no se reúnen las exigencias ad–sustantiam para que se adquiera la condición de empleado público[[2]](#footnote-2)». (Negrilla fuera de texto).

Se entiende de lo anterior que no necesariamente se está frente a un contrato laboral cuando se desempeñan funciones similares a las de los empleados de planta, dado que una relación legal y reglamentaria tiene requisitos especiales. Por otra parte, se debe resaltar que en el caso en que se labore en la sede de la entidad, ello por sí mismo, no da lugar a que se declare la existencia del contrato laboral.

También se vislumbra de la jurisprudencia citada *ut supra* que el hecho de recibir instrucciones sobre la correcta prestación del servicio, cumplir determinados horarios, rendir informes sobre la prestación del mismo no constituyen elementos de una relación de subordinación continuada, sino que se enmarcan en una relación de coordinación que debe existir entre los contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios y la administración para la correcta ejecución de los recursos públicos en aras de prestar un mejor servicio.

* 1. **Análisis de la relación contractual en el caso concreto.**

Con el fin de determinar si lo entablado entre el demandante y la entidad demandada sí se enmarcó en una relación laboral, habrá de analizarse cómo se desarrolló la misma en el caso concreto.

En el expediente consta que entre el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y el accionante, se suscribieron las siguientes órdenes de servicios como médico de conformidad con el certificado expedido por la entidad accionada (ff. 21 – 24) y los contratos de prestación de servicios obrantes a folios 25 a 68 del expediente.

Extrayéndose de los anteriores lo siguiente:

La entidad demandada expresó que: «En 1998 no se encontró contrato de prestación de servicios personales ni orden de trabajo o servicio, ya que este año laboró directamente con la Precooperativa de Servicios Técnicos y Profesionales PROTEC, (Se anexa formulario de PROTEC, con fecha del 20 de marzo de 1998)»[[3]](#footnote-3).

Se tienen los siguientes contratos:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Contrato número** | **Duración** | **Valor** |
| 2893 de 19 de octubre de 1999 (f. 25 – 29). | 4 meses contados a partir del 19 de octubre de 1999 hasta el 18 febrero de 2000. | $5.716.560 |
| 0792 de 4 de julio de 2000 (27 – 29). | 200 horas a partir del 4 de julio del año 2000. | $2.605.200 |
| 1072 de 31 de agosto de 2000 (30 – 32). | 405 horas a partir del 31 de agosto de 2000. | $5.275.530 |
| 0634 de 27 de marzo de 2001 (33 – 35). | 744 horas contadas a partir del acta de iniciación. | $10.447.248 |
| 0634 de 6 de julio de 2001 (f. 36). |  | $756.000 |
| 0634 (f. 37). | 205 horas contadas a partir del acta de iniciación. | $2.870.000 |
| 0634 de 17 de agosto de 2001 (f. 38). | Adición al contrato anterior de 91 horas.  | $1.274.000 |
| 145 de 26 de febrero de 2002 (f. 39 – 41).  | 205 horas contadas a partir del acta de iniciación del contrato. | $3.084.225 |
| 0547 de 25 de abril de 2002 (f. 42 – 44). | 205 horas a partir del acta de iniciación. | $3.084.225 |
| Adición 0547 de 26 de junio de 2002 al contrato 0547 de 25 de abril de 2002. (f. 45). | Incrementa la duración de 100 horas más, a partir del 27 de junio de 2002. | $1.504.500 |
| 0843 de 1 de agosto de 2002 (f. 46 – 48). | 160 horas a partir del acta de iniciación del contrato. | $2.407.200. |
| 1004 de 7 de octubre de 2002 (ff 49 – 51). | 240 horas a partir del acta de iniciación. | $3.610.800. |
| 0207 de 19 de marzo de 2003 (ff. 52 – 54). | 10 meses a partir del acta de iniciación del contrato, con fecha de 20 de marzo de 2003, hasta el 19 de enero de 2004. | $13.189.992. |
| 0119 de 26 de marzo 2004 (ff. 55 – 57). | 2 ½ meses a partir del acta de iniciación del contrato. | $3.297.500. |

En el certificado emitido por el SENA se dijo también que: «En los años 2005, 2006 y 2007 no se encontraron los contratos de prestación de servicios personales en las oficinas de Contratación, Unidad de Correspondencia (Archivo) ni en Presupuesto donde debería existir una copia de los mismos y revisando el aplicativo Finanzas 2000 de Presupuesto para saber si fueron registrados o no, en el reporte no aparece» (f 23).

No obstante lo anterior, en el plenario obra carta de adscripción al servicio médico asistencial del SENA Regional Atlántico de 1 de abril de 2005 con cuentas de cobro a folios 201 a 220 con vigencia de 6 meses.

Las respectivas cuentas de cobro son las siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| **FECHA** | **VALOR** |
| 14 de enero de 2005 (f. 208). | $756.000 |
| 24 de febrero de 2005 (f. 209). | $2.849.000 |
| 15 de marzo de 2005 (f. 210) | $1.141.000 |
| 31 de marzo de 2005 (f. 211). | $651.000 |
| 15 de abril de 2005 (f. 212). | $1.235.000 |
| 29 de abril de 2005 (f. 213). | $1.026.000 |
| 13 de mayo de 2005 (f. 214.) | $969.000 |
| 29 de julio de 2005 (f. 215). | $902.500 |
| 15 de agosto de 2005 (f. 216). | $874.000 |
| 15 de agosto de 2005 (f. 217). | $807.500 |
| 16 de agosto de 2006 (f. 218). | $921.500 |
| 31 de agosto de 2005 (f. 219). | $1.073.500 |
| 15 de septiembre de 2005 (f. 220). | $845.500 |

También se encuentra carta de adscripción al servicio médico asistencial del SENA Regional Antioquia del 1 de agosto de 2006 con vigencia por un año (ff. 222 a 226), con adición del 1 agosto de 2007 (f. 227) por el término de un año.

También están los siguientes contratos:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Contrato número** | **Duración** | **Valor** |
| 0198 de 20 de agosto de 2008 (ff. 58 – 59). | 4 meses. | $7.831.200 |
| 0198 de 29 diciembre de 2008 (f. 60). | 2 meses | $3.614.400. |
| 0044 de 6 de marzo de 2009 (ff. 61 – 62). | 4 meses. | $7.590.240. |
| 00146 de 10 de julio de 2009 (ff. 63 – 64). | 5 meses y 21 días, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio.  | $10.816.092. |
| 00146 de 18 de diciembre de 2009 (ff. 65 – 66). | De 27 días a partir del 1 al 27 de enero de 2010. | $1.707–804. |
| 000054 de 28 de enero de 2010. (ff. 67 – 68). | 11 meses a partir de la fecha de suscripción del contrato (28 de enero de 2010). | $21.916.818. |

De todo lo esquematizado anteriormente, se aprecia que de los contratos de prestación de servicios comprendidos desde el 20 de agosto de 2008 hasta el 28 de diciembre de 2009 sí existió una prestación continuada e ininterrumpida del servicio.

No obstante lo manifestado por el apoderado de la parte demandante en su recurso de apelación, en el sentido que no existió la prescripción en el tiempo correspondiente de los años 2005 a 2007 no es de recibo, toda vez que no se dio la prestación continuada e ininterrumpida del servicio, por haber transcurrido más de 15 días (que es el término para la configuración de la solución de continuidad) entre el contrato y la carta de adscripción antes referenciados.

Queriendo significar lo anterior, que sí, existió una continuidad ininterrumpida en los periodos comprendidos del 20 de agosto de 2008 hasta el 28 de diciembre de 2010, en donde se aprecia que se desempeñó como médico presentándose el elemento de subordinación continuada en el cual el accionante tenía según los contratos suscritos que: 1. Atender pacientes en consulta médica. 2. Remitir los funcionarios, que lo requieran, a los especialistas adscritos bien sea para consulta, control, exámenes, hospitalización o cirugía, de acuerdo a la normatividad que regula el Servicio Médico Asistencial. 3. Ubicar procedimientos y cirugías de acuerdo al manual de intervenciones del SENA. 4. Autorizar y firmar órdenes de atención, cirugías, fórmulas médicas, legalizar urgencias. 5. Asesorar a la junta administradora del S.M.A. 6. Emitir conceptos clínicos y demás funciones de tipo administrativo que se requiera para la normal prestación de este servicio. 7. Atender urgencias que se presenten durante la jornada laboral S.M.A. 8. Participar en los planes y programas de promoción y prevención. 9. Llevar la historia clínica debidamente diligenciada, dejar constancia con fecha exacta de cada atención o control que se haya prestado al paciente y cumplir con las exigencias legales y éticas con el anejo de la historia clínica de los pacientes. 10. Apoyar la auditoría de campo y cuentas médicas cuando se le solicite. 11. Realizar visitas domiciliarias a pacientes cuando se requiera. 12. Vigilar la calidad de la atención médica/odontológica y mantener la comunicación permanente con profesionales y entidades adscritas. 13. Elaborar resúmenes clínicos de beneficiarios. 14. Mantener actualizado el reporte de pacientes crónicos al Coordinador o funcionario responsable del S.M.A., de acuerdo a la valoración realizada semestralmente. 15. Permitir la revisión de todos los registros, órdenes de exámenes, resultados de los mismos, historias clínicas, formulas médicas etc. Que se produzcan en desarrollo del presente contrato por parte del supervisor del contrato. 16. Suministrar al supervisor del contrato la información que le sea solicitada en relación con los beneficios a quienes les haya prestado sus servicios médicos al igual que los tratamientos prescritos a esas mismas personas. 17. Entregar al SENA resumen de las historias médicas de los pacientes que atiende. 18. En general, desarrollar todas aquellas actividades inherentes al contrato y necesarias para la correcta ejecución del objeto mismo. En cumplimiento de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 1 de la Ley 828 de 2003, el contratista deberá efectuar el pago oportuno de sus obligaciones frente al sistema de seguridad social integral en salud y pensiones. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la imposición de multas sucesivas, previa verificación de la mora mediante liquidación efectuada por el supervisor del contrato. La persistencia en el incumplimiento de esta obligación del Contratista por 4 veces consecutivas, será causal para la declaratoria de caducidad administrativa del contrato.

En el mismo sentido, se tiene que las cartas de adscripción al servicio médico asistencial de la Dirección Regional – SENA contienen las siguientes obligaciones por parte del demandante:

1. Prestar los servicios médicos en forma integral, durante todos los días hábiles del mes, a todos los pacientes que acrediten debidamente su derecho a ser atendidos, mediante el carné vigente y que hayan sido programados por el SENA regional Antioquia. 2. Remitir los beneficiarios, que lo requieran a los especialistas adscritos bien sea par consulta, control, examen o cirugía. 3. Informar al SENA de los casos en que sea necesaria la hospitalización para que a través de la Entidad se adelanten los trámites administrativos respectivos. 4 Participar en los planes y programas que adelante el SENA con relación al Servicio Médico Asistencial del SENA. 5. Llevar la historia clínica debidamente diligenciada, cumpliendo con la legislación vigente. Efectuar la remisión oportuna de la historia clínica y dejar constancia con fecha exacta de cada atención o control que se haya prestado al paciente. 6. Atender adecuadamente al paciente mientras se halle a su cargo. 7. Permitir el acceso a las historias clínicas, estadísticas, soportes y demás documentos relacionados con la atención de pacientes y facilitar, de ser necesario, la verificación y revisión de los servicios prestados y, eventualmente, el acceso a la entidad para evaluar la calidad del servicio. 8. Informar oportunamente los cambios de consultorio y/o de horarios de atención al igual que de ausencias temporales. 9. Elaborar mensualmente las cuentas de cobro, anexando los originales de las Planillas de Atención. Las cuentas en ningún caso podrán presentarse por sumas superiores a las tarifas acordadas. 10. Cumplir con las exigencias legales y éticas con el manejo de la historia clínica, de los pacientes. 11. Abstenerse de emitir incapacidades, fórmulas o solicitudes de servicios que sean improcedentes según la ética profesional y sin diligenciar la historia clínica, que será soporte de estas solicitudes. 12. Presentar y mantener vigentes los permisos, licencias y títulos especiales exigidos por parte de la ley o las autoridades administrativas, civiles o sanitarias para el ejercicio del servicio prestado. 13. Cumplir con los ordenamientos éticos y morales que impone la profesión médica. 14. Informar al SENA todos los casos en que se presenten suplantaciones o fraudes de usuarios o cualquier otra irregularidad. 15. Demostrar su afiliación y el pago mensual de Pensiones y Salud y el pago de los aportes parafiscales, si estuvieren obligados a ello.

Ahora es necesario analizar las pruebas testimoniales que se llevaron a cabo para tener aún más claridad sobre el asunto y determinar sí en el periodo de vinculación del demandante los contratos de prestación de servicios y el sistema de adscripción se conservó la condición de subordinación.

En el proceso se practicaron los testimonios de Yaneth Sánchez, Martha Eugenia Ortiz, Marta Cecilia Henao, Nancy Silva Rodríguez y Francisco Bedoya, que en lo pertinente señalaron:

«En primer lugar respecto a la prestación personal de los servicios, los testimonios van direccionados a señalar que el demandante no podía ausentarse de sus labores, ni podía delegar sus funciones en otra persona, lo anterior se corrobora con el testimonio de las señora YANETH DEL SOCORRO SANCHEZ (sic) SUAZA, quien manifiesta lo siguiente:

“*Preguntado; ¿el demandante podía enviar a alguien que lo remplazara? R, no, solo cuando iba a asistir a un seminario o tenía una calamidad, debía hablar con el coordinador médico y pedir apoyo, para que otro de los médicos que estaba dentro del servicio médico atendiera los pacientes*“ (Minuto 21:54)

Lo anterior es señal inequívoca de la obligatoriedad que tenía el demandante de realizar de manera personal las labores asignadas, dichas labores eran determinadas por un manual de procedimiento, en el cual constaban todas las pautas a seguir en la atención de los pacientes, limitando el obrar del señor Juan Carlos Cárdenas Mejía; al respecto, los testigos manifiestan los siguiente:

Yaneth Sánchez Suaza

“*Preguntado: ¿Quién establece los parámetros o pautas para a tender a los pacientes? R. hay un manual de procedimientos del servicio médico asistencial, el cual viene de la dirección general, hay un manual de esas funciones a nivel nacional que nos da todas la pautas, allí dice cuanto debe durar la consulta, si es con visto bueno como se debe solicitar, si es un procedimiento cuanto tiempo se le asigna para este. Preguntado: ¿Quién elaboró este manual y si tenía carácter vinculante u era como las pautas de cómo se debía prestar el servicio, como se debía atender al beneficiario del servicio*“. (Minuto 16:27)

Francisco Javier Bedoya Tabares

“*Preguntado: ¿existen pautas o manuales de procedimiento para el desarrollo de la actividad médica por parte del demandante? R. En el servicio médico hay unas normas establecidas, hasta donde puede un médico general atender un paciente y luego adonde tiene que remitir, el paso a seguir, dependiendo de la complejidad, de la enfermedad y el proceso que vaya a hacer. Entonces será el médico general que mediante una orden firmada por el coordinador, el que podrá remitir a ese paciente a una clínica o laboratorio.*” (Minuto 38:04)

Martha Cecilia Henao Torres

“*Preguntado: ¿En qué consiste el manual de procedimiento? R. Todas las funciones de cada empleo están escritas allí, inclusive como es el procedimiento, que le paciente llama, pide la cita, luego que el paciente llega se pasa a la atención. Cuando sale quien le da la orden, todo el procedimiento esta en este manual de funciones y cada funcionario se limita a este*”. (Minuto 55:09)

Encontrando la Sala que el manual de funciones de procedimiento es un elemento que da cuenta de la subordinación a que estaba sometido el demandante en el SENA, es menester analizar si en las labores realizadas por el señor Juan Carlos Cárdenas Mejía existía un cumplimiento de horario o un superior jerárquico que le impartía órdenes. Respecto a esta situación, se tienen en cuenta los siguientes testimonios:

Yaneth del Socorro Sánchez Suaza

“*Preguntado; ¿la dedicación del Doctor en el SENA era de tiempo completo? R. Él tenía un horario estipulado por el SENA, trabajaba de 7 de la mañana a 12 del día, cada 20 minutos atendía un paciente. Yo lo sabía porque era la auxiliar y era quien programaba las citas médicas, el autorizaba las ordenes (sic), formulas (sic); todos los procedimientos que el realizaba tenia (sic) colaboración de una auxiliar de enfermería. Preguntado: ¿de quién dependía el doctor? R. De un coordinador del servicio médico asistencial, él era quién deba las órdenes*” (Minuto 11:55)

Francisco Javier Bedoya Tabares

“*Preguntado: ¿Quién establecía la Jornada de trabajo? R. El servicio médico debe tener un coordinador, luego en ese entonces había un profesional encargado y ese era el jefe inmediato de los médicos, lo mismo que el personal administrativo, entonces se horario lo establece el coordinador del servicio médico asistencial. Me tocaron varios, Martha Ligia y Hernán López*.” (Minuto 34:41)

Martha Cecilia Henao Torres

“*Preguntado: ¿quién establecía el horario de trabajo y si este era de carácter obligatorio para el demandante? R. La jornada la establecía el coordinador, que es un quien directamente se encargaba e (sic) cada funcionario y era de carácter obligatorio cumplir el tiempo. Preguntado: ¿Para ausentarse del lugar debía presentar permiso? R. debía presentar permisos por escrito con mucho tiempo de anticipación para mirar cómo le podía cubrir las horas*” (Minuto 54:41).» (folios 389 vuelto y 390 de la sentencia recurrida de 26 de agosto de 2014).

De lo expuesto en los presentes acápites se desprende que el señor Juan Carlos Cárdenas Mejía logró probar que la relación contractual entablada con el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, se enmarcaba en un contrato de trabajo, por la **continua subordinación**, en donde se le debe dar aplicación al principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, con la respectiva consecuencia del pago de las prestaciones sociales a su favor, toda vez que se demostró que la naturaleza de las labores que desarrolló, ampliamente descritas en precedencia, no permitían ejecutarlas de manera independiente o con autonomía, sino bajo una continua relación de subordinación, dada la naturaleza especial de esas funciones, lo cual demuestra que en realidad se configuró el elemento de la subordinación continuada.

Aunado a lo anterior, se tiene que esta Corporación frente al tema del contrato realidad en un caso similar al presente, señaló lo siguiente mediante sentencia reciente de 9 de marzo de 2017 Sección Segunda – Subsección «B»[[4]](#footnote-4):

«El Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) fue creado mediante Decreto ley 118 de 1957 y sus funciones iniciales consistían en brindar formación profesional a los trabajadores de la industria, el comercio, la agricultura, la minería y la ganadería, según el Decreto 164 de 6 de agosto de 1957.

Posteriormente, la Ley 119 de 1994[[5]](#footnote-5) dispone que el SENA es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio e independiente y autonomía administrativa, adscrito al Ministerio del Trabajo, cuya misión, según su artículo 2, consiste en «[…] *cumplir la función que le corresponde al Estado de intervenir 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 que contribuyan al desarrollo social, económico y tecnológico del país*»*.*

Así las cosas, la misión especial encomendada al SENA consiste en formar y capacitar a los trabajadores, funciones de carácter permanente que cumple en desarrollo de su actividad, sin embargo, no obsta para que en la ejecución de su cometido ejerza otras funciones como lo es la prestación del servicio médico asistencial para los familiares de sus empleados, que dependan exclusiva y económicamente de estos.

Este servicio médico asistencial tuvo su origen en el Decreto 907 de 16 de mayo de 1975[[6]](#footnote-6) y el artículo 7 de la Ley 4ª de 1976; el primero de los cuales estableció la seguridad social para la familia del empleado del SENA y dispuso que «[…] *asumirá directamente* o *contratará con una o* *varias entidades públicas o* *privadas, especializadas en seguridad social, un seguro médico asistencial, para los parientes de los empleados* [...]»*,* que tuvo continuidad mediante los Decretos 594 de 15 de marzo de 1977, 1014 de 5 de junio de 1978, 415 de 26 de febrero de 1979, 316 de 10 de febrero de 1981, 286 de 1982, 277 de 1983, 164 de 1984, 126 de 1985, 189 de 1987, 112 de 1988, 32 de 1989 y 76 de 1990, entre otros.

Ahora bien, mediante los acuerdos 38 de 1975, 23 de 1976, 13 de 1977 y 24 de 1978, este último modificado por el 30 de 1988 y adicionado por el 11 de 2010, todos expedidos por el consejo nacional del SENA, se reglamentó e implementó «[…] *con la papelería requerida*» el funcionamiento, continuidad y desarrollo a nivel nacional del servicio médico asistencial, de donde se extrae que sus órganos de dirección son las juntas administrativas nacional y regional, que son las responsables de su adecuada administración, además de contar en cada unidad con un coordinador.

Asimismo, el artículo 7 del acuerdo 24 de 1978 prescribe que cada regional debe contar con un «[…] *asesor médico y un asesor odontológico así como con un grupo de profesionales adscritos en diferentes especialistas de la medicina y de la odontología, quienes prestarán atención a los beneficiarios en todos los casos de tratamientos ambulatorios y odontológicos y para aquellos de hospitalización que requieran o no cirugía cuando el empleado o beneficiario lo solicite*», y en las ciudades pequeñas donde «[…] *sea imposible adscribir médicos y odontólogos en algunas especialidades, bien porque no hay los especialistas o porque éstos no aceptan las tarifas del SENA, se podrán efectuar los tratamientos ambulatorios y odontológicos a través de profesionales particulares, previa autorización y con el control por parte de los asesores del Servicio Médico Asistencial, quienes a su vez deben solicitar aprobación a la Junta Administradora Nacional*».

También se menciona en los artículos 8 y 10 del precitado acuerdo 24 de 1978, en su orden,que «*Las funciones, responsabilidades y compromisos de las Juntas Administradoras, directivos, coordinadores, médicos y odontólogos asesores y adscritos, se establece en la instrucción reglamentaria del presente acuerdo*» y «*Los médicos y odontólogos adscritos son autorizados por las Juntas Administradoras del Servicio Médico Asistencial para atender a los beneficiarios en lugares y horarios previamente fijados de común acuerdo y sujetándose siempre a las tarifas establecidas por Resolución del Director General y vigentes en la Entidad. La adscripción no significa en consecuencia, que estos profesionales se constituyan en empleados del SENA, tengan un sueldo o adquieran vínculo laboral alguno con la Entidad*»*.*

Para la prestación de este servicio, el SENA debía incluir anualmente dentro de su presupuesto los respectivos recursos a esta cuenta específica, los que provienen de (i) las cuotas correspondientes a las plantas de personal aprobadas para cada vigencia, el aporte de cada uno de los pensionados y los que la entidad hace por cada funcionario activo; (ii) los rendimientos financieros obtenidos por el fondo propiamente dicho; (iii) las donaciones y aportes que se le hagan al SENA con destino al Fondo; y (iv) las apropiaciones del Fondo no ejecutadas, correspondientes a presupuestos de vigencias anteriores[[7]](#footnote-7). Para la fijación de las tarifas y reconocimientos a los profesionales de la salud, los tratamientos autorizados y gastos hospitalarios, se facultó al director general para establecerlos mediante resolución[[8]](#footnote-8). Y además, en el artículo 37 del aludido acuerdo 24 de 1978 previó:

Los coordinadores del Servicio Médico Asistencial tienen la obligación de informar ampliamente a los empleados sobre las posibilidades de escogencia tanto en Entidades asistenciales, cirujanos y médicos tratantes, como de médicos y odontólogos adscritos para la atención de sus beneficiarios. En consecuencia, una vez efectuada la elección, los familiares deben asumir los riesgos derivados de los tratamientos que se practiquen a los diferentes beneficiarios.

Con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, en lo atañedero al sistema de seguridad social en salud, mediante acuerdo 7 de 28 de mayo de 2009, el consejo directivo nacional del SENA dispuso que «*A partir del 1º de junio de 2009 no habrá nuevas afiliaciones al Servicio Médico Asistencial del SENA, de beneficiarios de personas que se vinculen a la entidad como empleados públicos desde esa fecha*» y «*Los beneficiarios de las personas que se vinculen al SENA como empleados públicos a partir de la fecha indicada en el inciso anterior, deberán afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en la forma y las condiciones establecidas por la ley 100 de 1993 y las demás normas que la modifiquen, complementen y reglamenten, y los servicios médicos serán prestados por las entidades que integran ese sistema*».

Igualmente, el director del SENA, en ejercicio de la facultad que se le otorgó mediante los artículos 32, 33 y 34 del precitado acuerdo 24 de 1978, expidió, entre otras resoluciones, la 1595 de 21 de mayo de 2010, mediante la cual modificó las tarifas y topes de prestación de servicios médicos y odontológicos para el servicio médico asistencial, es decir, que es una actividad de resorte legal y completamente regulada.

Visto lo anterior, colige la Sala que el servicio médico asistencial era una función permanente y obligatoria del SENA, con soporte normativo y reglamentario, luego no se puede interpretar que las actividades allí desarrolladas eran temporales o transitorias, comoquiera que han permanecido vigentes por casi 20 años en la entidad y constituyen además un derecho adquirido para los familiares de los empleados, trabajadores oficiales y pensionados del SENA, que se vincularon antes del 1° de junio de 2009 y cumplen los requisitos exigidos para mantener su afiliación».

De todo lo anterior se infiere que existió una **prestación personal del servicio, una remuneración y la subordinación** par parte del señor Juan Carlos Cárdenas Mejía.

Se tiene que el demandante desempeñó sus funciones en un horario determinado de 7:00 am a 11:00 am, en la sede de la entidad demandada, siendo subordinado a la entidad como se logró demostrar con los testimonios, lo cual lleva a la Sala a vislumbrar que se está en presencia de una relación laboral, en los citados períodos comprendidos del 20 de agosto de 2008 al 1 de marzo de 2009, del 6 de marzo de 2009 al 6 de julio de 2009, del 10 de julio de 2009 al 37 de enero de 2010 y del 28 de enero al 28 de diciembre de 2010.

De lo expuesto en el presente acápite se desprende que el señor Juan Carlos Cárdenas Mejía logró probar que la relación contractual entablada con el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA., se enmarcó en un contrato de trabajo.

**ANÁLISIS DE LA PRESCRIPCIÓN**

Esta Corporación, en sentencia de unificación de la Sección Segunda, calendada el 25 de agosto de 2016, expediente número 23001–23–33–000–2013–002660–01(0088–2015). Ha puntualizado frente a la prescripción de los dineros pagados por concepto de aportes para pensión, lo siguiente:

«**la imprescriptibilidad** … **no opera frente a 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 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, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiere hecho o existiese diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o complementar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador»[[9]](#footnote-9)*.* (Negrilla fuera del texto).

En esa misma sentencia de unificación en la parte resolutiva se estableció que en cada proceso en el que se reconozca el vínculo laboral se debe realizar el análisis de la prescripción en el caso concreto.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, aparece probado en el expediente que el demandante formuló derecho de petición el 4 de mayo de 2012 (ff. 15 a 18), el cual fue contestado por la entidad demandada el 10 de mayo de 2012 mediante Oficio 2–2012–003050 (f. 19) en donde se dijo que: «El Sena Regional Antioquia no puede acceder a sus prestaciones, puesto que usted ejecutó en ésta Entidad contratos de prestación de servicios personales regidos por lo dispuesto en el numeral 3 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que hace referencia a que “En ningún caso los contratos de prestación de servicios generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebran por el término estrictamente indispensable”».

Se tiene que el apoderado del demandante en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 26 de agosto de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, señaló que no existió prescripción frente a los periodos correspondientes de los años 2005 a 2007, toda vez que existe prueba documental y testimonial que soporta que no existió vinculación con la entidad demandada por el sistema de adscripción.

Frente a lo anterior, se evidencia que el demandante reclamó sus pretensiones dentro del término de los tres años siguientes a la terminación de la última vinculación contractual, es decir, el 28 de diciembre de 2010, como quiera que se demostró en el párrafo anterior que su reclamo lo presentó ante la entidad accionada el 4 de mayo de 2012.

Sin embargo, sí prescribieron los periodos posteriores al 20 de agosto de 2008, por cuanto el término transcurrido de la adición de la carta de adscripción al servicio médico asistencial del SENA regional Atlántico, tenía una vigencia de un año a partir del 1 de agosto de 2007, o sea, hasta el 1 de agosto de 2008, transcurriendo más de 15 días al inicio del contrato número 0198 de 20 de agosto de 2008, cuestión que no permite decir que existió una prestación continuada e ininterrumpida del servicio.

Por ello no prospera la anterior pretensión.

Se tiene que la Sala recuerda que en sentencia de unificación CE–SUJ2 número 5 de 25 de agosto de 2016[[10]](#footnote-10), la sección segunda de esta Corporación precisó:

«[R]especto de las controversias relacionas 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).

{…}

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.» (Negrilla fuera del texto).

Se tiene entonces que dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, tal como se explicó en la precitada sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, la entidad accionada deberá tomar el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (el salario legalmente sufragado o los honorarios pactados, si estos son superiores a aquel), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las 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.

**Condena en costas**

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias en derecho[[11]](#footnote-11), los llamados en el CPACA gastos ordinarios del proceso[[12]](#footnote-12) y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte del expediente al superior en caso de apelación.

Tiene previsto el artículo 188 ídem que «salvo en los procesos en los 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», hoy día por el Código General del Proceso.

Lo anterior permite establecer unas conclusiones básicas sobre las costas:

1. La legislación varió del Código de Procedimiento Civil al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la condena en costas de un criterio subjetivo a uno objetivo;
2. Toda sentencia “dispondrá” sobre costas, bien sea con condena total o parcial o con abstención;
3. Se requiere que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso);
4. La cuantía de la condena en agencias en derecho se hará atendiendo el criterio de la posición en la relación laboral, pues varía según sea parte vencida, si es el empleador o si es el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura), la complejidad e intensidad de la participación procesal; y,
5. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas.

En orden a lo anterior, como las dos partes apelaron y se confirmó la sentencia recurrida, haciendo entrar en gastos a la administración de justicia, esta Sala de Decisión condenará en costas a la entidad demandada, quien resultó vencida en las resultas del proceso.

Como consecuencia de todo lo anterior, la sentencia apelada debe ser confirmada.

**DECISIÓN**

Por todo lo anteriormente expuesto y una vez analizadas las pruebas en conjunto como lo establece la sana crítica, esta Sala de Subsección procederá a **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 26 de agosto de 2014.

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

**FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 26 de agosto de 2014, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral cuarto de la sentencia de 26 de agosto de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el sentido de **CONDENAR** al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA a pagar a favor del demandante durante el tiempo laborado en la entidad accionada tomando como ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y lo que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiere hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que el incumbía como trabajador, y devolver los dineros cancelados por la accionante en razón a la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los mencionados contratos.

Se condena en costas a la entidad demandada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 365 Código General del Proceso.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

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

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

Relatoria JORM

1. Corte Constitucional, Sentencia C – 174 de 19 de marzo de 1997, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 18 de noviembre de 2003, Radicación número: 17001–23–31–000–1999–0039–01(IJ), Magistrado Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda. [↑](#footnote-ref-2)
3. Certificado expedido por el coordinador del grupo de apoyo administrativo mixto del SENA folio 21. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia de 9 de marzo de 2017. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección «B». Expediente número: 05001–23–33–000–2012–00389–01 (4494–13). Demandante: Martha Cecilia Henao Torres. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA. [↑](#footnote-ref-4)
5. “Por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones”. [↑](#footnote-ref-5)
6. «Artículo 24. Seguro Social. El SENA garantizará a sus empleados el cubrimiento de servicios médicos y prestaciones sociales, afiliándolos a una entidad asistencial o de previsión.

Dichos empleados tendrán derecho únicamente a recibir los servicios y prestaciones sociales establecidos por la entidad asistencial o de previsión, con excepción de lo señalado en el parágrafo siguiente.

Aquellos funcionarios que se encuentren incapacitados por enfermedad, devengarán durante la incapacidad y proporcionalmente a ésta, una suma equivalente al sueldo asignado al cargo. Entiéndese en este caso que el empleado cede su derecho al SENA para que efectúe el cobro de la incapacidad ante la entidad asistencial o de previsión.

El SENA asumirá directamente o contratará con una o varias entidades públicas o privadas especializadas en seguridad social, un seguro médico asistencial, para los parientes de los empleados de la entidad.

Las modalidades y cuantías de este servicio se establecerán por Acuerdo del Consejo Directivo Nacional, así como los aportes del SENA para cada uno de sus empleados.

Con la prestación de este servicio de salud para la familia de los empleados, éstos y la entidad quedarán exentos de cotizaciones al ISS para cubrir riesgos similares.

El SENA incluirá en su presupuesto las partidas requeridas para el desarrollo de programas de seguridad industrial y salud ocupacional, que garanticen el mantenimiento de un buen estado de salud física y mental del empleado.

El Consejo Directivo Nacional de la entidad, reglamentará las normas internas sobre este aspecto». [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículo 13 del mencionado acuerdo 24 de 1978. [↑](#footnote-ref-7)
8. Artículo 32 ibídem. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia CE–SUJ2 de 25 de agosto de 2016, Número. 23001–23–33–000–2013–00260–01 (0088–2015). Demandante Lucinda María Cordero Causil. Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba). [↑](#footnote-ref-9)
10. Expediente 23001–23–33–000–2013–00260–01 (0088–2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter. [↑](#footnote-ref-10)
11. Artículo 361 del Código General del Proceso. [↑](#footnote-ref-11)
12. Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib. [↑](#footnote-ref-12)