



Al contestar por favor cite estos datos:

No. de Radicado: 20171030038971-OAJ

Fecha de Radicado: 12-06-2017

Bogotá D.C.,

Doctora

TANNIA SAYURY RODRÍGUEZ TRIANA

Profesional Universitario

Secretaría de Educación de Boyacá

Carrera 10 # 18-68 Centro

jurídica@sedboyacagov.co

Tunja (Boyacá)

Asunto: Solicitud de concepto previo de extensión de jurisprudencia. Radicado No. 20171030759542 del 8 de mayo de 2017.

Respetada doctora Rodríguez,

De conformidad con los artículos 614 del Código General del Proceso y 2.2.3.2.1.5 del Decreto 1069 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho", procede la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (en adelante, Agencia) a emitir concepto previo a solicitud suya, con ocasión de la petición de extensión de jurisprudencia presentada ante su despacho por [REDACTED] con el fin de que a través de la misma y de conformidad con lo previsto en el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), se extiendan los efectos de la sentencia del 25 de agosto de 2016, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, dentro del proceso con Radicado N° 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15)¹ promovido por Lucinda María Cordero Causil, en contra del Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), consejero ponente Carmelo Perdomo Cuéter, dentro de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

¹ Según la relatoría del Consejo de Estado, la sentencia invocada también se identifica de la siguiente forma: "Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15) CE-SUJ2-005-16".

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



Con fundamento en esa decisión, el peticionario pretende que se reconozca el principio de primacía de la realidad sobre las formas y en consecuencia se declare la existencia de una relación laboral con el Departamento de Boyacá, en calidad de docente, durante el lapso en el que prestó sus servicios mediante varias órdenes de prestación de servicios. Derivado de lo anterior solicita que se le reconozcan con fines pensionales los tiempos de servicios laborados con el citado Departamento, conforme a lo establecido en la Ley 812 de 2003.

Precisado el propósito del peticionario con su solicitud de extensión de jurisprudencia, para emitir el concepto previo solicitado, corresponde a la Agencia verificar si la citada providencia responde al concepto de sentencia de unificación, como lo exige el artículo 102 del CPACA y conforme con las modalidades de sentencias de unificación jurisprudencial que contempla el artículo 270 del mismo Código, previa una breve exposición de sus argumentos esenciales.

Cabe advertir que de acuerdo con el párrafo del artículo 2.2.3.2.1.5 del Decreto Único 1069 de 2015: "[l]a valoración de las pruebas y la verificación de los supuestos de hecho de cada caso concreto corresponderá a la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, en los términos del artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

1. Principales consideraciones de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del 25 de agosto de 2016, dentro del proceso con Radicado No. 23001-23-33-000-2013-00260-01 CE-SUJ2-005-16, promovido por Lucinda María Cordero Causil en contra del Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), consejero ponente Carmelo Perdomo Cuéter

En esta sentencia la Sección Segunda del Consejo de Estado aclaró desde un principio que asumió la competencia para conocer de dicho asunto en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales como tribunal supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, especialmente de las establecidas en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13A y 14 del Reglamento Interno del Consejo de Estado, (Acuerdo 58 de 1999) con la finalidad no solamente de proferir fallo de segunda instancia, sino esencialmente para emitir la respectiva sentencia de unificación jurisprudencial, por razones de importancia jurídica, sobre el tema referido a la figura del contrato realidad, el ingreso base que ha de tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales a que hubiere lugar, y la prescripción de los derechos reclamados.

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



Lo anterior, en razón a que según el alto Tribunal existían tesis encontradas en las salas de decisión de la misma sección, acerca de los aspectos ya descritos, por cuya razón surgió la necesidad de unificar la tesis jurisprudencial con el fin de dar certeza jurídica para que las autoridades judiciales que integran la jurisdicción decidan las controversias respecto del denominado contrato realidad; adicionalmente en procura de preservar el derecho a la igualdad de las personas que acuden a la justicia contencioso administrativa.

Dilucidado lo anterior, procedió la Sala a resolver de fondo el recurso de apelación presentado por la demandante contra la sentencia de primera instancia proferida el 30 de septiembre de 2014 por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales estaban referidas a que se declarara la nulidad de la Resolución No. 514 del 6 de noviembre de 2012, suscrita por el alcalde del citado municipio, que negó la existencia de la relación laboral y el pago de los derechos laborales y prestaciones reclamados; así como la Resolución No. 475 del 17 de diciembre del mismo año, que resolvió el recurso de reposición y que confirmó la resolución inicialmente mencionada.

Respecto al asunto de fondo empezó la Sala por plantear el problema jurídico orientado a determinar en primer término si resultaba procedente declarar la prescripción de la totalidad del derecho demandado, no obstante estar incluidos los derechos al sistema de seguridad social referido a la pensión; y en segundo lugar, de no confirmar esta hipótesis, determinar si a la actora le asistía razón jurídica para reclamar al municipio accionado el pago de las prestaciones salariales y sociales insolutas durante el lapso en que estuvo vinculada como docente mediante la figura de contrato de prestación de servicios, en aplicación del "principio de primacía de la realidad sobre (las) formalidades", o por el contrario, si los referidos contratos, cualquiera que hubiere sido su denominación, celebrados con la entidad territorial se ajustaron a la legalidad, por cuanto no se habían configurado los elementos de subordinación y dependencia, propios de una relación laboral.

Aclarado lo anterior, abordó la Sala el fenómeno de la prescripción del derecho reclamado, precisando que no obstante la irrenunciabilidad de los beneficios laborales mínimos prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, el legislador había consagrado la prescripción extintiva de esos derechos, a través de lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, y en el artículo 102 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, en el que se dispuso que los derechos laborales allí consagrados prescribirían en tres (3) años contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se hubiera hecho exigible, y que el simple

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia
Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co



reclamo escrito del empleado oficial ante la entidad sobre el derecho reclamado, la interrumpía por un lapso igual.

En línea con lo anterior la Sección Segunda trajo a colación el artículo 12 del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por Colombia mediante la Ley 54 de 1962, que integra el bloque de constitucionalidad, dado que se refiere a derechos humanos, en donde acerca de la protección del salario señala que a la terminación del contrato de trabajo, se deberá efectuar un ajuste final de los salarios debidos, de acuerdo con la legislación nacional, dentro de un plazo razonable.

Desde el punto de vista jurisprudencial la Sala citó la sentencia C-916 de 2010, mediante la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en donde remitió a lo considerado en la sentencia C-072 de 1994, en la cual, se precisó que la finalidad de la prescripción era adecuar a la realidad el sentido mismo de la oportunidad, y lograr que no se desvaneciera el principio de la inmediatez. Expresó la Sección Segunda que la citada sentencia señaló que las prescripciones buscaban la seguridad jurídica² -principio de interés general que prevalece-, por lo cual las normas acusadas no atentaban contra la dignidad del trabajador, pues las mismas se caracterizan por establecer una seguridad jurídica, que beneficia a los extremos de la relación laboral que se ven en situación de inmediatez y prontitud. Aseguró la Corte que las normas acusadas contemplaban un beneficio directo al trabajador, a quien se le brinda el derecho a reclamar, pero con un límite en el tiempo, determinado por la inmediatez que deriva de la relación laboral, pues vencido este término no se evidencia un verdadero interés en el reclamo.

Precisado lo relacionado con la prescripción trienal, señalada en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, según los cuales el término debe contabilizarse desde el momento en que la obligación se hace exigible, la Sala abordó su aplicación en las controversias referidas a lo que se ha denominado contrato realidad, para dilucidar a partir de qué momento ha de establecerse la exigibilidad del derecho.

Con este propósito trajo a colación la Sala, las posiciones disímiles que sobre el punto había sostenido la misma Sección Segunda, como la abordada en sede

² En similares términos, también se pronunció la Corte Constitucional, en sentencia T-084 de 2010, magistrada ponente María Victoria Calle Correa, al afirmar que: “[e]n primer lugar respecto a las finalidades de la interpretación, podría decirse que son esencialmente dos: la seguridad jurídica y la recta administración de justicia. Efectivamente, tanto la doctrina universal como la jurisprudencia colombiana han señalado, por una parte, que la prescripción extintiva de las acciones persigue garantizar la seguridad jurídica, entendida como la orden que deben cumplir las autoridades de la República de evitar que permanezca abierta indefinidamente la posibilidad de someter los conflictos sustanciales ante los jueces (...)”.



de tutela en la sentencia del 6 de septiembre de 2013³ en la cual se manifestó que la reclamación debía efectuarse dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del respectivo contrato, so pena de la prescripción de los derechos reclamados. Añadió que este mismo criterio había sido reiterado en el fallo del 9 de abril de 2014⁴, por la Subsección A al decidir sobre una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que se consideró que el interesado debía reclamar la declaración de la existencia de una relación laboral, en un término no mayor de tres (3) años, so pena de que el derecho a reclamar la existencia del referido vínculo prescriba, así como el consecuente pago de las acreencias laborales que de esta declaración se derivaran.

Añadió la Sala que no obstante lo anterior, un mes después, la Subsección B⁵ de la Sección Segunda, al analizar el tema prescriptivo frente al concepto de "plazo razonable" con el que cuenta el trabajador para solicitar la declaración de la relación laboral y atendiendo el decaimiento de los actos administrativos de acuerdo con lo señalado en el artículo 66 del anterior Código Contencioso Administrativo, determinó que el termino oportuno para reclamar era de cinco (5) años contados a partir del último contrato, que para ese evento se asimilaba al acto de retiro. Sin embargo en fecha posterior la misma Subsección B, se volvió a pronunciar sobre el mismo asunto pero concluyó que una vez demostrada la relación laboral, nacía la oportunidad para examinar la procedencia de la prescripción, y determinar si la reclamación se había realizado dentro de los tres (3) años contados a partir de la terminación del vínculo contractual, so pena de que prescribieran los derechos prestacionales que se derivan de la relación laboral judicialmente reconocida.

Precisó la Sección Segunda que la prescripción tiene su fundamento normativo en los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 1848 de 1969 respectivamente, los cuales regulan el régimen prestacional de los empleados públicos y establecen que el fenómeno prescriptivo opera vencidos los tres (3) años, que se interrumpen por una sola vez por el reclamo escrito del trabajador, dado que lo que se reclama en tratándose del contrato realidad es el reconocimiento de las prestaciones a que tendría derecho, si la administración

³ Consejo de Estado, sección segunda, sentencia del 6 de septiembre de 2013, consejero ponente Alfonso Vargas Rincón, expediente: 11001-03-15-000-2013-01662-000, demandante: Rosa Istmenia Moreno de Palacios, demandado: Tribunal Administrativo del Chocó.

⁴ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia de 9 de abril del 2014, expediente : 080001233000201202445 01 (0131-13), actora Rosalba Jiménez Pérez, demandado: Departamento del Cesar.

⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E), sentencia de 8 de mayo de 2014, expediente: 080012331000201202445-01 (2725-2012), actor: Jesús María Palma Parejo, demandado: ISS.

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co

7



no hubiese soslayado la verdadera prestación del servicio laboral, encubriéndola con una de prestación de servicios.

En relación con la oportunidad a partir de la cual se debe contabilizar el citado término de tres (3) años la Sala, al interpretar las disposiciones citadas en el párrafo anterior, en concordancia con lo señalado en el artículo 12, numeral 2º del convenio 95 de la OIT, señaló que el mismo opera desde la terminación del nexo contractual con el empleador, dado que es desde este momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución de esa relación se dieron los elementos que entrañan una relación laboral con el Estado, como son la prestación personal del servicio, remuneración y subordinación y en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones. Lo anterior en virtud de la aplicación de los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos contemplados en las disposiciones laborales, progresividad y prohibición de regresividad en tratándose de derechos sociales, así como el derecho al trabajo en condiciones dignas, y la irrenunciabilidad a la seguridad social.

Dilucidó la Sección Segunda que, respecto de los contratos de prestación de servicios que se han pactado por un tiempo determinado pero entre uno y otro existe un término de interrupción, se deberá analizar cada caso de manera particular y concreta, para determinar la vocación de permanencia en el servicio, y definir la prescripción a partir de sus fechas de finalización. Señaló que lo anterior le corresponderá verificarlo al juez, y así determinar si existió o no la citada interrupción contractual que en dado caso será excluida del reconocimiento.

No obstante lo anterior aclaró la Sala, que la prescripción no se puede aplicar frente a los aportes para pensión, pues éstos dada su naturaleza periódica son imprescriptibles, y por esto se pueden solicitar en cualquier época, no así las prestaciones sociales y salariales que al ser pagadas por una sola vez, son susceptibles de prescribir.

Este discernimiento lo sustentó la Sección Segunda atendiendo varios mandatos superiores como la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales; el principio *in dubio pro operario*, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política, según el cual prevalece la normatividad mas favorable al trabajador; el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la misma Carta, por cuya virtud el Estado debe propender por un trato igualitario para quienes prestan sus servicios bajo una verdadera relación laboral, sin importar la denominación de la vinculación y proteger de manera especial la posibilidad de acceder a una pensión de jubilación; y el principio de no regresividad que determina el avance

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



en el nivel de protección de los trabajadores, que junto con el mandato de progresividad que se encuentran contemplados en las disposiciones del derecho internacional hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Con base en lo precedente, la Sala determinó que las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social que se derivan del contrato realidad, habida cuenta de su naturaleza imprescriptible y causación periódica, se encontraban exentos de la prescripción extintiva, así como de la caducidad del medio de control (artículo 164, numeral 1º, literal c, del CPACA)⁶, y por esta razón pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento. Añadió que tampoco era exigible agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para demandar a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto estaban involucrados derechos laborales ciertos e indiscutibles (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener pensión) que no tienen el carácter de conciliables.

Resaltó la Sala que en estos casos el juez sólo puede resolver sobre la prescripción en cada caso concreto una vez se haya comprobado la existencia de la relación laboral, lo anterior en atención a que está involucrado el derecho pensional del interesado, (aportes al sistema de seguridad social en pensiones) que por su naturaleza es imprescriptible; en este caso el referido fenómeno no tiene la virtud de enervar la acción, como tampoco la pretensión, cual es la nulidad del acto administrativo que negó la vinculación de índole laboral, conminando al juez para que su estudio sea objeto de la sentencia. Añadió que el juez contencioso deberá estudiar en todas las demandas en donde se reconozca la relación laboral (contrato realidad), el asunto relacionado con las cotizaciones debidas por la administración al sistema de seguridad social en pensiones, así no se haya solicitado expresamente por el demandante, en atención a imperativos constitucionales relacionados con la vida en condiciones dignas, y con la irrenunciabilidad a la seguridad social a favor del extremo débil de la relación laboral que impone a las autoridades la obligación de adoptar decisiones efectivas que la protejan.

Lo anterior por cuanto los citados principios son de aplicación judicial inmediata, y cuando se advierta su vulneración, se deberá tomar las medidas jurídicas necesarias para su restablecimiento, en aras de su prevalencia sobre el derecho

⁶ "Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fé;

(...)".

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



procesal. Citó como sustento de este aserto entre otras sentencias, la sentencia C-197 de 1999 de la Corte Constitucional, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell, que al respecto precisó: "(...) cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación", concluyendo que lo referido no constituye una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para restablecer los derechos del trabajador, cuando se ha declarado a su favor la existencia de una relación laboral con la Administración.

Consideró la Sala que la imprescriptibilidad tratada en esta decisión no aplicaba respecto de la devolución de los dineros que por concepto de aportes pagó el trabajador en su condición de contratista, dado que sería un beneficio económico para éste, que no incide en el derecho pensional que se busca garantizar; en cuyo caso la administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se han debido efectuar, frente a los realizados por el contratista, y proceder a cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma que faltare por concepto de pensión, únicamente en el porcentaje que como empleador le corresponde. En este caso el accionante acreditará las cotizaciones efectuadas durante su vinculación contractual, si no las hubiese realizado o si se presentase diferencias en su contra, este deberá pagarlas o completar el porcentaje que le corresponde, según sea el caso.

Definido el tema de la prescripción la Sala abordó lo referido a la existencia de la figura del contrato realidad en la labor docente y después de transcribir lo dispuesto respecto a los contratos estatales de prestación de servicios en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, invocó la sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997⁷, en la cual, luego de hacerse un análisis comparativo del contrato de prestación de servicios y el contrato de índole laboral se determinó que las dos modalidades contractuales comportaban elementos diferenciales que los hacían inconfundibles no solo por su naturaleza, sino también por los fines perseguidos, así como por el objeto de cada uno de ellos. Definió que el elemento subordinación o dependencia es el que diferencia el contrato laboral frente al de prestación de servicios, y que cuando quiera que en su desarrollo se presente subordinación o dependencia, consistente en la impartición de órdenes al contratista, fijación de horario de trabajo respecto de la labor ejecutada por parte de la Administración, se está frente a la existencia de un contrato de trabajo del cual se deriva el pago de prestaciones sociales, así se haya pactado la celebración de un contrato de prestación de servicios independiente.

⁷ Corte Constitucional, sentencia del 19 de marzo de 1997, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara



Descendiendo al caso en estudio, definió la Sección Segunda, luego de analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁸ y del Consejo de Estado⁹, que la vinculación de docentes mediante la figura de prestación de servicios, no desvirtuaba el carácter personal de su labor, como no era ajeno el elemento de la subordinación existente en el servicio público de educación, en atención a la configuración de tres elementos comunes a los servidores públicos a saber: " (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen ordenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones dentro de una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes-contratistas, merecen una protección especial del Estado".

Teniendo en cuenta los derroteros analizados y definidos a lo largo de la sentencia, la Sala, con base en el recaudo probatorio y por estar demostrado dentro del proceso que la actora había prestado sus servicios como docente en escuelas rurales del municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), mediante varios contratos de prestación de servicios, ejecutados de manera personal, con el pago de una remuneración por el trabajo cumplido con cargo al presupuesto de la entidad territorial, y con subordinación debido al cumplimiento de un horario y de los parámetros fijados por los reglamentos del servicio de educación, la Sección determinó que era procedente acceder al reconocimiento de la existencia de una relación laboral en aplicación del principio de "la primacía de la realidad sobre (las) formalidades". Por último resaltó la Sección Segunda que no obstante lo anterior, ello no implicaba que la persona obtenga la condición de empleado público, habida cuenta que en armonía con lo dispuesto en el artículo 122 superior¹⁰ no se dan los componentes de una relación legal y reglamentaria.

⁸ Sentencia de la Corte Constitucional del 6 de diciembre de 1994, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, que entre otros, declaró inexecutable el parágrafo primero del artículo 6º de la Ley 60 de 1993 y el parágrafo tercero del artículo 105 de la Ley 115 de 1994.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2015, expediente: 81001-23-33-00-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

¹⁰ No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la Ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer el cargo, sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público. (...)"

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



En relación con el restablecimiento del derecho, precisó la Sala que 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 procede a título de restablecimiento del derecho, y el ingreso sobre el cual ha de calcularse las prestaciones dejadas de percibir corresponderá a los honorarios pactados.

Dilucidado el fondo del proceso, la Sala en su parte resolutive ordenó:

" (...)

1.º Unifíquese la jurisprudencia respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, en el sentido de que (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 (3) años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, (ii) sin embargo, el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión, (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; (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; (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; (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; y (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, 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 conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva.

2.º Unifíquese la jurisprudencia en lo referente a que en las controversias relacionadas con el contrato realidad, (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, por las razones indicadas en la motivación.

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



3.º Revóquese la sentencia de treinta (30) de septiembre de dos mil catorce (2014) proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, sala tercera de decisión, que negó las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por la señora Lucinda María Cordero Causil contra el municipio de Ciénaga de Oro, conforme a la parte motiva, y en su lugar:

4.º Declárase la nulidad del oficio 514 de 6 de noviembre de 2012 y de la Resolución 475 de 17 de diciembre del mismo año, en cuanto el alcalde de Ciénaga de Oro le negó a la accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral desde el 1º de julio de 1986 hasta el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones, de acuerdo con la motivación.

5.º Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, ordenase al municipio de Ciénaga de Oro tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1º de julio de 1986 y el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), 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, por lo que la actora 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 trabajadora, en armonía con lo dicho en la parte motiva.

6.º El municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber:

$$R = Rh. \text{ índice final} ___ \text{ índice inicial}$$

7.º El municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

8.º Declárese que el tiempo laborado por la señora Lucinda María Cordero Causil al municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) como docente bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, desde el 1º de julio de 1986 hasta el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.



9.º Niéguese las pretensiones relacionadas con el pago de cesantías, primas de servicios y navidad, vacaciones, dotaciones y auxilio de transporte, por haber operado la prescripción trienal, como se indicó en la motivación.

(...)”.

2. Valoración del carácter de unificación de la sentencia invocada

El artículo 102 del CPACA establece el deber de las autoridades públicas de extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho y se acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Para tal efecto, el artículo 270 *ibídem*, establece como sentencias de unificación jurisprudencial:

“(…) las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 (...)”. (Destacado fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado encuentra que la sentencia invocada en la solicitud bajo examen, que fue emitida el 25 de agosto de 2016 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, dentro del proceso con radicado N° 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15) CE-SUJ2-005-16, promovido por Lucinda María Cordero Causil, en contra del Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), consejero ponente Carmelo Perdomo Cuéter, dentro de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho corresponde a una sentencia de unificación jurisprudencial.

En línea con lo anterior, al revisar la correspondencia de la referida sentencia con las disposiciones que regulan el mecanismo de extensión de jurisprudencia se advierte:

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 270 y 271 del CPACA, las sentencias de unificación jurisprudencial cuyos efectos pueden ser extendidos a terceros por las autoridades, son las que pertenecen a las siguientes categorías:

- a) Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.
- b) Las proferidas al decidir los recursos extraordinarios.

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



c) Las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36 A de la Ley 270 de 1996.

En relación con las sentencias por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de sentar la jurisprudencia, debe precisarse que el artículo 271 del CPACA prevé las autoridades que las pueden proferir:

a) La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las Secciones o Subsecciones o de los Tribunales, o a petición del Ministerio Público.

b) Las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones de la Corporación o de los Tribunales, según el caso.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Agencia observa que la sentencia invocada cumple con lo señalado en el artículo 270 del CPACA, pues de acuerdo con lo previsto en la misma se trató de una decisión proferida bajo los siguientes argumentos que se transcriben de la sentencia:

"(...) Asimismo, la Sección Segunda de esta Colegiatura resulta competente para proferir sentencia de unificación dentro del asunto de la referencia, en atención a lo previsto en el artículo 271 del CPACA, según el cual "Por razones de **importancia jurídica**, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público" (negrilla de la Sala), en armonía con lo establecido en los artículos 13A y 14 del reglamento interno del Consejo de Estado (Acuerdo 58 de 1999), (...)"

De otra parte, fue proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con un asunto pendiente de fallo proveniente del Tribunal Administrativo de Córdoba, es decir cumple con lo dispuesto en el artículo 271 del CPACA, respecto de la autoridad competente para dictarla.

En línea con lo anterior, se debe destacar que, de igual manera el Reglamento del Consejo de Estado¹¹ en su artículo 13 A estableció claramente que es de

¹¹ Acuerdo N° 148 de 2014, expedido el 9 de julio, vigente a partir de su publicación.

1



competencia de las Secciones del Consejo de Estado la facultad para unificar jurisprudencia. En este sentido, establece:

"Artículo 13 A. Otros asuntos asignados a las Secciones según su especialidad. Cada una de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al criterio de especialidad, también tendrá competencia para:

1. Tramitar y decidir el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.
2. Dictar las sentencias de unificación jurisprudencial por razones de importancia jurídica, transcendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos. Las Secciones podrán asumir conocimiento a solicitud de parte, de oficio, por petición del Ministerio Público o por remisión de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos".

Adicionalmente, resulta pertinente destacar que de acuerdo con el artículo 43B del Reglamento del Consejo de Estado¹² las sentencias de unificación jurisprudencial se deberán identificar con las siglas CE-SUJ seguidas del número de la Sección y el número anual de consecutivo que le corresponda. Así las cosas, en el caso de la sentencia invocada por el peticionario se advierte que la misma fue identificada en su propio texto de la siguiente manera: "Nº 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15) CE-SUJ2 Nº 005-16", identificación que reafirma su carácter de sentencia de unificación jurisprudencial.

Finalmente, la Agencia observa que la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, dentro del proceso con Radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15) CE-SUJ2 Nº 005-16 promovido por Lucinda María Cordero Causil, en contra del Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), consejero ponente Carmelo Perdomo Cuéter, dentro de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho cumple con lo establecido en el artículo 102 del CPACA, esto es, haber reconocido un derecho subjetivo particular y concreto a favor de la demandante, así mismo se reitera que se encuadra dentro de una de las categorías de sentencias definidas en los artículos 270 y 271 *ibídem*, esto es, dentro de las sentencias proferidas por necesidad de unificar jurisprudencia.

¹² *Ibídem*.



3. Consideraciones adicionales

Es necesario expresar que en el análisis de la sentencia invocada, si bien reúne los requisitos necesarios para ser considerada como una sentencia de unificación jurisprudencial en los términos de los artículos 270 y 271 del CPACA, resulta determinante tener en cuenta los puntos que fueron objeto de unificación en la misma por parte de la Sección Segunda.

Tal como lo expresamos en el acápite anterior, la sentencia unificó el criterio de la Sección Segunda en relación con los siguientes aspectos:

1. El término de prescripción para reclamar el pago de las prestaciones derivadas del reconocimiento de una relación laboral es de tres (3) años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual y 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.
2. El fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para la pensión, sin que ello implique la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista.
3. 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, están exceptuadas de la caducidad del medio de control.
4. No 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.
5. El juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya solicitado con la demanda de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*.
6. En las controversias relacionadas con el contrato realidad, 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 el ingreso sobre el cual se deben calcular las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

Conforme con lo anterior, debe precisarse que la sentencia invocada no ordenó que en todos los eventos en que hubiera un contrato de prestación de servicios

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



entre una entidad territorial y un docente se configurara automáticamente una relación laboral y que en consecuencia se debieran reconocer y pagar las prestaciones laborales y de seguridad social propias de un vínculo de esa naturaleza. No obstante lo anterior, ante los puntos objeto de unificación jurisprudencial las entidades públicas deberán analizar y tomar una decisión respecto de la mejor opción para proteger sus derechos e intereses dentro de las cuales se enumeran a título enunciativo la conciliación, la extensión de jurisprudencia en sede administrativa o judicial o el sometimiento de la controversia a un proceso judicial ordinario.

Además de lo anterior, la Agencia advierte que de acuerdo con el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado¹³, en el que se precisó la improcedencia de la figura de la extensión de jurisprudencia cuando los peticionarios ya han presentado demanda por los mismos hechos, corresponde a la Secretaría de Educación de Boyacá, verificar en la solicitud de extensión de jurisprudencia, la existencia de posibles procesos judiciales contra la entidad, iniciados previamente por el peticionario y en los que se reclamen las mismas pretensiones de la solicitud de extensión de jurisprudencia elevada. Advertencia que se efectúa no obstante que en la solicitud de concepto previo elevada por esa entidad a la Agencia, no se informa de la existencia de procesos iniciados por estos mismos hechos.

Conviene conocer la argumentación expuesta por esa Corporación sobre el aspecto en comento:

"(...) es evidente que el legislador concibió el mecanismo de extensión de jurisprudencia como un trámite especial **al cual el administrado tiene la posibilidad de acudir previamente a la formulación de la demanda, en tanto resulta ilógico que se suspendiera el término de caducidad del medio de control y simultáneamente pudiera surtirse la demanda ante la jurisdicción.**

(...) Así las cosas no es posible considerar que la figura de extensión de jurisprudencia puede ser promovida cuando existe una demanda en curso, toda

vez que dicha figura jurídica se encuentra instituida como un trámite previo a la presentación de la demanda, precisamente para evitar que se eluda la competencia existente en materia judicial o se utilice de forma indebida con el fin de agilizar decisiones. **Además, de darle curso a la solicitud de extensión**

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 8 de septiembre de 2016, consejero ponente Ramiro Pazos Guerrero, solicitud extensión de Jurisprudencia con número de radicación 11001-03-26-000-2014-00108-00 (51853), demandante: Heiber Prada López y otros, demandado Nación- Fiscalía General de la Nación.



de jurisprudencia cuando existe un proceso judicial en trámite por los mismos hechos podría llegar a generarse un conflicto de decisiones, lo cual crearía incertidumbre en la labor desempeñada por las autoridades judiciales.

(...) Aparte de lo anterior, debe recordarse que de conformidad con el principio del juez natural no puede variarse la competencia del juzgador para conocer del asunto, puesto que ella está delimitada en forma precisa por el legislador sin que sea viable cambiarla por una de las partes. (...) De manera tal que, por regla general, **una vez iniciado un proceso judicial el juez mantiene la competencia para conocer del caso que le ha correspondido, sin que las partes puedan alterar las reglas de la competencia que ha fijado el legislador, ni promover la extensión de jurisprudencia, con el fin de propiciar una decisión sobre el caso.**

(...) En este sentido, debe indicarse que, **si ya se ha presentado una demanda y con posterioridad se solicita la extensión de jurisprudencia, esta última solicitud debe ser desestimada por improcedente**, ya que como se advirtió esta actuación iría en contra de la finalidad de la figura de extensión y desconocería el principio de juez natural del asunto.

(...) Lo anterior máxime si se tiene en cuenta que, en el evento de conceder la petición realizada en la solicitud de extensión de jurisprudencia, el pronunciamiento que lo haga tendría efectos de cosa juzgada, subrogando esta Corporación la competencia del juez que había avocado inicialmente conocimiento para decidir las pretensiones de la demanda. **En esos términos se estaría desnaturalizando el principio del juez natural** y alterando las competencias determinadas legalmente". (Destacado fuera de texto)

De otra parte, es del caso precisar que esta Agencia emite el concepto previo según las competencias fijadas en el artículo 614 del Código General del Proceso y los artículos 2.2.3.2.1.5 y siguientes del Decreto Único 1069 de 2015, con el objeto de verificar si la citada providencia responde o no al concepto de sentencia de unificación jurisprudencial, conforme al artículo 102 del CPACA y a las modalidades de sentencias de unificación que contempla el artículo 270 del mismo Código, pero no tiene competencia para indicarle a las entidades si se deben o no extender los efectos de la sentencia invocada.

Así las cosas, se reitera que de acuerdo con el párrafo del artículo 2.2.3.2.1.5 *ibídem*, corresponde únicamente a las entidades ante las cuales se solicitó la extensión de jurisprudencia, evaluar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 102 del CPACA, entre ellos, verificar que el solicitante acredite los mismos supuestos fácticos y jurídicos del demandante en la sentencia de unificación invocada y efectuar la valoración de las pruebas en torno a las pretensiones del solicitante, y de acuerdo con ello, deberá establecer

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



si hay o no lugar a extender los efectos de la jurisprudencia; decisión sobre la cual, la Agencia no tiene competencia alguna, porque ello implicaría el ejercicio de una función de coadministración que no está autorizada por la ley.

De no verificar lo anterior, la entidad deberá continuar con el despliegue de su defensa jurídica frente a las demandas que se hayan presentado o que como consecuencia de la negativa de extender los efectos de la sentencia invocada se lleguen a presentar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Como bien se anotó en la parte inicial de este documento, el peticionario pretende que en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas se declare la existencia de una relación laboral con el Departamento de Boyacá, en calidad de docente, durante el lapso en el que prestó sus servicios mediante varias órdenes de prestación de servicios y en consecuencia solicita que se le reconozcan con fines pensionales los tiempos de servicios laborados con el citado Departamento, conforme a lo establecido en la Ley 812 de 2003.

Sobre el particular la Agencia estima que el reconocimiento con fines pensionales de los tiempos de servicios de un eventual contrato realidad con el Departamento de Boyacá, requiere de pronunciamiento o fallo de un juez administrativo que encuentre probada la existencia de una relación laboral, esto es, que en el mismo se acredite con base en pruebas recaudadas legalmente la presencia de todos los elementos que configuran el contrato realidad para que se le reconozcan con fines pensionales los tiempos de servicios laborados con el citado Departamento.

4. Conclusión y concepto previo de la Agencia

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Agencia concluye que la sentencia invocada por el peticionario que fue proferida el 25 de agosto de 2016, por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, dentro del proceso con Radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15) CE-SUJ2 N° 005-16 promovido por Lucinda María Cordero Causil, en contra del Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), consejero ponente Carmelo Perdomo Cuéter, dentro de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho corresponde a una sentencia de unificación jurisprudencial en atención a lo preceptuado por los artículos 270 y 271 del CPACA.

Al margen de lo anterior, la Agencia estima que la sentencia invocada, no da por cierto ni torna procedente que en todos los eventos en que haya un contrato de prestación de servicios entre una entidad territorial y un docente se configure automáticamente una relación laboral y en consecuencia se deban reconocer y

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia
Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co



pagar las prestaciones laborales y de seguridad social propias de un vínculo de esta naturaleza.

Finalmente, y de acuerdo con lo previsto en el parágrafo del artículo 2.2.3.2.1.5 del Decreto 1069 de 2015, corresponderá a la Secretaría de Educación de Boyacá verificar que el contenido de la solicitud de extensión de jurisprudencia no sea objeto de procesos judiciales; situación que en caso de presentarse deberá ser analizada a la luz de las previsiones de los artículos 102 y 269 *ibídem* y de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Así mismo, a la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá le corresponde evaluar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 102 del CPACA, entre ellos, verificar que el solicitante acredite los mismos supuestos fácticos y jurídicos del demandante en la sentencia de unificación invocada y efectuar la valoración de las pruebas en torno a las pretensiones del solicitante con el fin de determinar si deben extender los efectos de la sentencia invocada o si debe continuar con el despliegue de su defensa jurídica por la existencia presente o futura de una demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Este concepto se emite en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el parágrafo del artículo 2.2.3.2.1.7. del Decreto 1069 del 2015, es decir, no es de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

FRIDCY ALEXANDRA FAURA PÉREZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Denny Rodríguez Espitia
Revisó: Juan José Gomez Urueña