



138

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá D. C., doce (12) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 470012333000201400092 01 (0583-2015)
Demandante: Jorge Jesús Jaruffe Ávila
Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA)
Temas: Declara excepción de prescripción

AUTO INTERLOCUTORIO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Magdalena en la audiencia inicial celebrada el 12 de febrero de 2015, mediante la cual se dio por terminado el proceso, por haberse configurado la excepción de prescripción extintiva del derecho.

1. Antecedentes

1.1. Pretensiones

El señor Jorge Jesús Jaruffe Ávila, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), con el fin de declarar la nulidad del acto administrativo número 2-2013-003821 del 11 de septiembre de 2013, proferido por la Dirección Regional Magdalena del SENA, por el cual se le niegan «todas y cada una de las pretensiones y demás prerrogativas formuladas en la reclamación administrativa [...] núm. 1-2013-003931».

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se condene a la Nación, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) a pagar las siguientes prestaciones sociales: la prima; las cesantías; los intereses sobre cesantías; los viáticos; las vacaciones; la sanción



moratoria por el no pago de las prestaciones sociales, la indexación de las sumas adeudas con base en el IPC y el pago de costas procesales.

1.2. Excepciones previas

La parte demandada propuso, entre otras, la excepción de prescripción extintiva de los derechos. Para ello se fundamentó en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 448, y el Código Procesal Laboral, artículo 151, que coinciden en establecer que el término de prescripción de los derechos laborales es de 3 años; por lo tanto, consideró que el demandante debió solicitar el reconocimiento de sus prestaciones sociales dentro del aludido plazo.

Insistió en que, de acuerdo con las pruebas, el señor Jaruffe Ávila tuvo su última relación contractual con el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) a través de la orden de trabajo número 311 del 2005; específicamente su desvinculación se realizó en el mes de septiembre de ese año. Por su lado, la solicitud que realizó el interesado para el reconocimiento de dicha prestación fue efectuada el 3 de septiembre de 2013, es decir, luego de 8 años de haber terminado el contrato de prestación de servicios, lo que conllevaría a declarar probado el fenómeno de la prescripción, con fundamento en las normas y jurisprudencias aplicables al caso concreto.

1.3. El auto apelado

El Tribunal Administrativo del Magdalena, en la audiencia inicial celebrada el 12 de febrero de 2015, declaró probada la excepción de prescripción extintiva del derecho y la terminación del proceso, por considerar que la relación contractual entre el demandante y Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) terminó en el año 2005, mientras que la reclamación para el reconocimiento de la relación laboral, con el respectivo pago de las prestaciones sociales, fue presentada el 3 de septiembre de 2013, es decir, más de 7 años después.

Refirió que el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, en principio, no procede en este caso; sin embargo, el Decreto 3135 del 1968 remite al término de la prescripción de los derechos de los empleados públicos, el cual es de 3 años contados



139

a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible o ante la reclamación a la entidad.

Señaló apartes de algunas sentencias sobre las posiciones del Consejo de Estado, para concluir que la reclamación y la respectiva demanda deben hacerse dentro del término de 3 años¹.

En suma, declaró probada la excepción de prescripción formulada por el apoderado judicial del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).

1.4. Del recurso de apelación

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, toda vez que no comparte la decisión adoptada por el *a quo*. Arguyó que los precedentes de la Sección Segunda del Consejo de Estado han garantizado los derechos de los trabajadores vinculados por contratos «simulados» de prestación de servicios, con la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades y, por ello, ha señalado que esta clase de vinculación debe ser revisada.

Mencionó que en sentencia proferida por esta Corporación a cargo del Dr. Gustavo Gómez Aranguren, se reiteró la posición de la aludida Sección, y allí se estableció que la reclamación de los derechos laborales derivados del denominado contrato realidad debe hacerse dentro de un plazo razonable de 5 años.

Manifestó que actualmente existen 4 posiciones en el Consejo de Estado sobre la prescripción del asunto debatido, pero no hay un planteamiento claro o un criterio jurisprudencial nuevo, por lo cual se espera que en este caso particular se pueda realizar.

1.5. Traslado del recurso de apelación a la parte demandada y concepto del Ministerio Público

El apoderado de la parte demandada manifestó que la prescripción de los derechos prestacionales reclamados se rige por «el plazo jurisprudencial» que el Consejo de

¹ Cederrón de la audiencia inicial.



Estado ha fijado, pero que en ningún caso es de 8 años, como lo hizo el accionante. Finalmente, pidió que el superior confirme la decisión.

El agente del Ministerio Público compartió la posición del tribunal, debido a que en este caso el señor Jorge Jesús Jaruffe Ávila dejó pasar el tiempo suficiente para que operara la prescripción, al no reclamar sus derechos laborales. Por ende, solicitó que se confirme la decisión recurrida.

2. Consideraciones

2.1. Problema jurídico

El problema jurídico consiste en determinar si está prescrito el derecho del accionante a que el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) le reconozca la existencia de una relación laboral bajo el principio de la realidad sobre las formas.

2.2. De la prescripción y la caducidad cuando se pretende el reconocimiento de un contrato realidad

En primer lugar, el denominado «contrato realidad» hace referencia a la materialización del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política, teniendo en cuenta que es aquel modo de vinculación ^{en} que, aunque no esté definido como tal o se pretenda ocultar mediante otros tipos de contratación, se presentan los elementos que configuran una verdadera relación laboral; estos elementos son: i) la prestación personal del servicio, ii) la subordinación y iii) una remuneración como contraprestación de los servicios, también denominado salario.

En segundo lugar, el tema de la prescripción extintiva de los derechos derivados del reconocimiento de una relación laboral ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte de esta Corporación, pero la última sentencia de unificación² precisó, en materia de este fenómeno, dos tesis que han demarcado la procedibilidad para el reconocimiento, a saber:

² Número 005 del 25 de agosto de 2016.



140

i) La reclamación administrativa con la que se pretenda el reconocimiento de una relación laboral se debe hacer dentro de los tres (3) años siguientes al momento en que finalizó la relación contractual, so pena de que opere el fenómeno de la prescripción extintiva.

ii) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social, derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles, están exceptuados de la prescripción extintiva prevista en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

Lo anterior quiere decir que la reclamación de la relación laboral y de las prestaciones sociales derivadas del denominado «contrato realidad» deben presentarse dentro de los tres (3) años siguientes, a partir de la terminación del vínculo contractual con el empleador, salvo para los aportes parafiscales en materia pensional, los cuales tienen el carácter de imprescriptibles.

Estos plazos de prescripción alteran el fenómeno de la caducidad de la acción, pues, según criterio de unificación, respecto de las prestaciones periódicas imprescriptibles tampoco procede declarar la caducidad, por estar unido al reconocimiento pensional que pueda llegar a beneficiar al trabajador:

Pese a lo expuesto, la **Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicarla frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles**, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

[...]

En este orden de ideas, **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 no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control** (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), **y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.**³ (Negrita no es del texto).

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Radicación: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Actor: Lucinda María Cordero Causil. Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba). Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 número 5 de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C. 25 de agosto de 2016.



Empero, la tesis transcrita tiene el fin tuitivo de que las personas de la tercera edad (así no hubiesen llegado a esa etapa), con sus aportes parafiscales en materia pensional alcancen a cubrir el riesgo de la vejez.

Lo anterior porque es un hecho notorio que a muchos trabajadores que ejercieron sus labores en condiciones similares a las de un empleado vinculado a la planta de cargos, en ocasiones no les alcanzan las semanas cotizadas para pensionarse. Esta situación vulnera sus derechos y expectativas legítimas a obtener esta vital prestación, por lo que se revisó la naturaleza imprescriptible de los aportes pensionales para deducir que el debate judicial debe continuar respecto de estos.

2.3. Prescripción extintiva de los derechos laborales derivados de un contrato realidad

En virtud de la prescripción, el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo o del término establecido en la ley⁴. Así, la prescripción se refiere de manera directa a la pretensión, al derecho y al término particular para adquirirlo o extinguirlo⁵.

En lo que se refiere a la prescripción extintiva, esta impone el deber a cada persona de reclamar sus derechos dentro del tiempo que fija la ley, es decir, determina que el ejercicio de los que se pretenden adquiridos debe hacerse dentro de un lapso específico⁶, pasado el cual, si no se hizo la reclamación, genera la pérdida del derecho. La prescripción extintiva de los derechos laborales de los empleados públicos se encuentra regulada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, «por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales», de la siguiente manera:

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez (E). Bogotá D.C., cuatro (4) de julio de dos mil trece (2013). Radicación: 11001-03-25-000-2012-00301-00(1131-12). Actor: Luz Stella Trujillo Cortés. Demandado: Procuraduría General de la Nación.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Consuelo Sarrio Olcos. Bogotá D.C., diez y ocho (18) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996). Radicación: 7934.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 26 de enero de 2012, proferida por esta subsección dentro del Expediente N° 1608 de 2011, demandante Carlos Dussan Pulecio M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila (ya citada); y de 23 de septiembre de 2010 (ya citada) dictada dentro del expediente N° 1201 de 2008, actores: Marco Fidel Ramírez Yepez y Otros. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.



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

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual (Negrilla por fuera del original).

La norma en mención fue reglamentada por el Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, que en el ordinal 1.º del artículo 102, señaló: «[l]as acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible». El ordinal 2.º del mencionado artículo también advirtió que el reclamo presentado por escrito ante la entidad, interrumpe el término prescriptivo.

De conformidad con los postulados normativos citados, el servidor público cuenta con el término específico de tres (3) años, contados a partir de que su derecho laboral se hizo exigible, para hacerlo efectivo ante la administración o en sede judicial si así lo considera, so pena de que este prescriba y, en consecuencia, ya no pueda ejercerlo.

La prescripción de los derechos laborales, así concebida, pretende garantizar el principio de la seguridad jurídica, al imponer un límite a la posibilidad de reclamar ante la administración su reconocimiento, lo que a su vez repercute directamente en la preservación del patrimonio público, al detener la generación de intereses y pagos moratorios⁷.

Sin embargo, en lo que se refiere a la prescripción extintiva, en los eventos en que se discute la configuración de la relación laboral en virtud de un contrato realidad y sus consecuencias salariales y prestacionales, la regulación contenida en los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 ha generado en la jurisprudencia diversidad de criterios, por lo que esta Corporación, con el propósito de zanjarlos, emitió sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016⁸, previamente transcrita.

De esta manera, aunque los derechos salariales y prestacionales derivados de un

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación: 20001-23-33-000-2014-00074-01(4074-15). Actor: Freddy de Jesús Rivero Fragozo. Demandado: Municipio de Agustín Codazzi (Cesar). Asunto: Contrato realidad en la labor de almacenista. Prescripción de los derechos reclamados. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D.C. 28 de septiembre de 2017.

⁸ Ver sentencia citada en la nota al pie 1.



contrato realidad solo son exigibles una vez proferida la sentencia que establezca la existencia de los elementos que configuran una relación de carácter laboral, ello no implica que el ciudadano no tenga el deber de reclamar dicha declaración ante la administración y en sede judicial dentro de un tiempo prudencial que, en todo caso, equivale al de prescripción de tres (3) años señalado en los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 respectivamente, y que se computa a partir de la terminación del vínculo contractual.

La no reclamación dentro del interregno aludido, tendiente a que se declare la existencia de la relación laboral, trae como consecuencia, en principio, que se declare prescrito el derecho referente al pago de las prestaciones que de ella se derivan⁹.

De todo lo expuesto se puede concluir lo siguiente:

- i) En virtud de la prescripción, el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo.
- ii) El servidor público debe reclamar sus derechos laborales dentro de los tres (3) años computados a partir de que se hicieron exigibles, so pena de que prescriban.
- iii) El lapso anterior también se aplica en los eventos en que exista contrato realidad, aun a pesar de que la relación laboral y los derechos que de ella se desprenden se «constituye con la sentencia». Así, corresponde al ciudadano radicar la solicitud dentro del término de prescripción contemplado en los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 respectivamente, que se cuenta a partir de la terminación del vínculo contractual.
- iv) Lo antes dicho excluye a las reclamaciones relacionadas con el reconocimiento del «contrato realidad» con miras a reclamar los aportes parafiscales para pensión, los cuales tienen carácter imprescriptible.

2.3. Etapa procesal en la que corresponde estudiar la prescripción extintiva cuando se demande la existencia de un contrato realidad

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A., consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 9 de abril de 2014. Expediente: 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13). Demandante: Rosalba Jiménez Pérez. Demandado: Departamento del Cesar.



El artículo 180 del CPACA dispone lo siguiente:

Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvenición según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

[...]

6. Decisión de excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

Si excepcionalmente se requiere la práctica de pruebas, se suspenderá la audiencia, hasta por el término de diez (10) días, con el fin de recaudarlas. Al reanudar la audiencia se decidirá sobre tales excepciones.

Si alguna de ellas prospera, el Juez o Magistrado Ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello haya lugar. Igualmente, lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso (Negritas por fuera del original).

El artículo citado estableció que en la audiencia inicial al funcionario judicial le corresponde decidir, ya sea de oficio o por petición de parte, sobre las excepciones previas, es decir, las que están consagradas en el artículo 100 del CGP, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA.

Las excepciones previas a las que se hace alusión, van encaminadas a atacar la forma del proceso y constituyen «defectos del procedimiento y verdaderos impedimentos procesales¹⁰». Con su estudio y decisión se pretende sanear el trámite para lograr que continúe («excepción previa relativa¹¹») o para terminarlo («excepción previa absoluta¹²»), con ocasión de los vicios o defectos que presente y, de paso, evitar la declaración de nulidades o sentencias inhibitorias. Dicha finalidad las diferencia de las excepciones de mérito o de fondo, en razón a que estas atacan la pretensión y deben ser definidas en la sentencia¹³.

Precisamente, las consecuencias que se derivan de la declaratoria de las excepciones previas justifican que deban decidirse en la audiencia inicial, por cuanto estas evitan

¹⁰ Devis Echandía Hernando, Compendio de Derecho procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso, Octava edición, Bogotá, Editorial A B C, 1981, página 257.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ Sentencia C-1237 de 2005.



que el proceso continúe con irregularidades procesales que con posterioridad impidan emitir una sentencia que defina de fondo el litigio.

De igual manera, el ordinal 6.º del artículo 180 del CPACA ordenó al juez o magistrado ponente resolver sobre las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. Al respecto se ha considerado que estas tienen un carácter mixto, en tanto tienen la virtud de dar por terminado el proceso y, a la vez, atacan de forma directa la pretensión¹⁴.

En lo que se refiere a la prescripción propiamente dicha, se advierte que la norma es clara en señalar que en la audiencia inicial corresponde declarar la extintiva, luego parte del supuesto de que el derecho existe y no fue reclamado dentro del término que la ley estableció para dichos efectos, que para el caso de los derechos laborales de los servidores públicos equivale a los tres (3) años que establecen los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, respectivamente, tal como se expuso con anterioridad.

Ahora, de manera específica sobre la etapa procesal en la que procede la declaración de la prescripción extintiva cuando se discute la existencia o no de una relación laboral en virtud del principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades, consagrado en el artículo 53 Constitucional, no ha existido uniformidad en esta Corporación.

En efecto, en algunos pronunciamientos se señaló que en estos eventos es factible pronunciarse durante el desarrollo de la audiencia inicial. Al respecto, en providencia del 19 de enero de 2017, la Sección, al resolver la apelación contra la decisión emitida en la audiencia inicial que declaró probada la prescripción extintiva, expresó¹⁵:

No obstante lo anterior, la Sala replantea la postura asumida en la providencia citada en el párrafo precedente, toda vez que, al estudiar nuevamente el medio exceptivo de prescripción en asuntos como el aquí debatido **observa que lo pretendido por el legislador al incorporar en el proceso contencioso administrativo la figura procesal de las excepciones previas, fue garantizar que el proceso se adelantase sin dilaciones e irregularidades procesales que imposibilitaren dictar sentencia de fondo**, corrigiéndose en dicha etapa procesal, si hubiere lugar a ello, en forma adecuada, lo cual evidentemente favorece el desarrollo y el logro de los fines de la administración de justicia y otorga un trato equilibrado a las partes del proceso.

¹⁴ Sentencia C- 820 de 2011.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación: 13001-23-33-000-2014-00497-01(4336-15). Actor: Gustavo Utría Avendaño. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017). Asunto: Excepción de prescripción.



(...)

En ese sentido, si del estudio del material probatorio se evidencia de manera clara e inequívoca la ocurrencia del medio extintivo de prescripción del derecho que enerva en su integridad lo pretendido por el reclamante, **no habría lugar a adelantar un proceso que al momento de resolverse el fondo del asunto, terminaría definiéndose la misma consecuencia jurídica que habría podido darse en la audiencia inicial, es decir, declarando la ocurrencia total del medio extintivo de prescripción del derecho.** (Negrilla fuera de texto).

Así, se asimiló la finalidad de la prescripción extintiva cuando se discute la existencia de un contrato realidad a la que tienen las excepciones previas, esto es, que su declaración garantiza que el proceso se adelante sin dilaciones e irregularidades procesales que impidan dictar una sentencia de fondo.

En otros pronunciamientos se ha seguido esta línea y, por ende, se han confirmado decisiones tomadas en la audiencia inicial, mediante las que se ha declarado probada la excepción de prescripción extintiva de los derechos laborales derivados de un contrato realidad¹⁶.

De otro lado, esta Sección también ha proferido providencias en las que se ha considerado que no es procedente emitir tal pronunciamiento en dicha etapa procesal, en tanto que es preciso determinar previamente la existencia o no de la relación laboral de la cual se desprenden los derechos salariales y prestacionales reclamados, dentro de los que se incluyen los relacionados con los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, los cuales son imprescriptibles¹⁷.

Por esta razón, se indicó que la excepción de prescripción extintiva en los casos en los que se discute la existencia de un contrato realidad, por incluir este la posibilidad

¹⁶ Al respecto se pueden consultar los siguientes autos: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación: 52001-23-33-000-2015-00288-01(1829-16). Actor: Martha Cecilia Perlaza Hurtado. Demandado: Municipio de Olaya Herrera, Nariño. Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Bogotá D. C. 22 de mayo de 2017.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación número: 52001-23-33-000-2014-00307-01(3445-15). Actor: Blanca Lilia Torres. Demandado: Municipio de Linares (Nariño). Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D.C. 12 de octubre de 2017.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación: 13001-23-33-000-2014-00129-01(1048-15). Actor: Benjamín Quiñones Briceño. Demandado: Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique- Cardique. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C. 4 de mayo de 2016. En la providencia se señaló «A juicio de la Sala, para resolver cualquier controversia que se pueda suscitar sobre este asunto, debe establecerse en primer lugar si se configuraron los elementos propios de una relación laboral con el fin de dar aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades previsto en el artículo 53 de la Constitución Política. **Una vez resuelto el anterior interrogante y establecida la existencia de la relación laboral, es cuando el juez debe proceder a resolver sobre el reconocimiento de los derechos salariales y prestacionales que se puedan derivar de aquella, así como sobre la configuración o no del fenómeno jurídico de la prescripción, frente a los derechos que tengan el carácter de prescriptibles, y dejando a salvo los derechos pensionales, que no tienen dicha naturaleza.** (Negrillas por fuera del original).



de reconocimiento de derechos imprescriptibles, no puede enervar la pretensión ni el derecho de acción y, en consecuencia, debe ser decidida en la sentencia.

En efecto, en relación con lo expuesto, esta Corporación preceptuó¹⁸:

Se infiere de la sentencia de unificación en cita que no hay lugar a declarar el término prescriptivo en la audiencia inicial, puesto que en el caso del contrato realidad, se encuentra concernido el derecho pensional del demandante que por su naturaleza es imprescriptible, y en este orden de ideas, la mencionada excepción no tienen la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal.

Dicho en otros términos, **el momento procesal oportuno para que el juez se pronuncie respecto de la prescripción extintiva, en esta clase de controversias, es en la sentencia, comoquiera que la relación laboral contiene derechos imprescriptibles, irrenunciables e inalienables, que son de su esencia, como los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, los que deben ser reconocidos en aras de la protección del trabajador que logra demostrar su real vínculo con el Estado, que actuó a través de la entidad que lo contrató (Resalta la Sala).**

De igual manera, en otra providencia que analizó este tema, también se dijo¹⁹: «[e]n ese orden de ideas, conforme la sentencia de unificación citada, el momento procesal oportuno para que el juez se pronuncie respecto de la prescripción extintiva formulada por el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-, en esta clase de controversias, **es en la sentencia, comoquiera que la relación laboral contiene derechos imprescriptibles, irrenunciables e inalienables, que son de su esencia, como los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, los que deben ser reconocidos en aras de la protección del trabajador que logra demostrar su real vínculo con el Estado, que actuó a través de la entidad que lo contrató**». (Negritas por fuera del original).

Los pronunciamientos a los que se ha hecho referencia se fundamentan en la sentencia que unificó lo relacionado con la prescripción extintiva dentro de los procesos en los que se discute la existencia de un contrato realidad, emitida el 25 de agosto de 2016²⁰, en la que se determinaron, de modo claro, las reglas que deben

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación: 13001-23-33-000-2013-00786-01(2811-15). Actor: Alberto José Meza Mendoza. Demandado: Municipio de Magangué, Bolívar. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C. 23 de febrero de 2017. Actuación: Decide apelación auto declaró probada excepción de prescripción del derecho y termina proceso.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación: 18-001-23-33-000-2013-00159-01. Número: 2634-2014. Demandante: Adrián Fidel Castro Perdomo. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje –Sena-. Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., 16 de noviembre de 2017.

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Radicación: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Actor: Lucinda María Cordero Causil. Demandado:



1444

seguirse al decidir este tipo de casos, y específicamente en la número 4 se definió que:

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) (Negritas por fuera del original).

Esta posición es diáfana al señalar que la declaración de la prescripción extintiva cuando se discuta la existencia de una relación laboral en virtud de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, solo puede hacerse en la sentencia, por cuanto debe comprobarse previamente la existencia del contrato realidad del cual se desprenden, de comprobarse, derechos de carácter pensional que por su naturaleza son imprescriptibles. En esa medida, declarar probada la excepción de prescripción extintiva durante la audiencia inicial en estos casos, implica desconocer derechos de esta naturaleza.

Una vez expuestas las distintas posiciones que sobre este tema existen al interior de la Corporación, la Sala se inclina por aplicar esta última, en razón a que:

- a) Se sustenta en la sentencia de unificación emitida el 25 de agosto de 2016²¹, la cual debe ser acatada tanto por las autoridades judiciales como por las administrativas, tal como lo dispone el artículo 10.º del CPACA.
- b) En estos eventos, corresponde a la lógica jurídica definir, en primer término, la existencia o no de la relación laboral, para luego, en caso de resultar probada, resolver la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales que de ella se deriven.
- c) Aceptar que en la audiencia inicial se pueda dar por terminado el proceso al declararse probada la prescripción extintiva, pone en riesgo el derecho al pago de los aportes pensionales que eventualmente podrían adquirirse por el asociado de

Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba). Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 número 5 de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C. 25 de agosto de 2016.

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Radicación: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Actor: Lucinda María Cordero Causil. Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba). Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 número 5 de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C. 25 de agosto de 2016.



comprobarse la existencia del contrato realidad, además de desconocer su carácter de imprescriptibles.

d) La posición que acepta declarar la prescripción extintiva en la audiencia inicial, se equivoca al equiparar sus efectos al de las excepciones previas, puesto que estas atacan los vicios o defectos que presenta el proceso, empero, no se dirigen contra la pretensión, como sí lo hace la aludida sobre los aportes pensionales.

2.4. Análisis del caso concreto

Dentro de las pruebas aportadas al expediente se puede establecer que el accionante prestó sus servicios como instructor del centro agropecuario del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), desde mayo de 2001 hasta septiembre de 2005, mediante las siguientes órdenes de servicio²²:

- En el año 2001: desde el 12 de febrero con orden de trabajo número 28; desde el 2 de mayo con orden de trabajo número 404 y desde el 18 de diciembre con orden de trabajo número 1105.
- En el año 2002: desde el 1.º de abril con orden de trabajo número 192 y desde el 16 de julio con orden de trabajo número 475.
- En el año 2003: desde el 4 de febrero con orden de trabajo número 56 y desde el 22 de agosto con orden de trabajo número 273.
- En el año 2004: desde el 27 de abril con orden de trabajo número 92 y desde el 2 de noviembre con orden de trabajo número 459.
- Finalmente, en el año 2005: desde el 14 de septiembre con orden de trabajo número 311.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, el 3 de septiembre del 2013, mediante comunicación radicada con el número 1-2013-0003931, el señor Jaruffe Ávila solicitó a la entidad la liquidación y pago de las prestaciones sociales, y en respuesta a esa petición, el día 11 de septiembre de 2013 la Dirección Regional Magdalena del Servicio

²² Visible en los folios 7 al 17 del expediente.



145

Nacional de Aprendizaje (SENA) resolvió denegar todas y cada una de las pretensiones y prerrogativas formuladas.

Es evidente que, con miras a analizar si se configuró la prescripción extintiva en la relación laboral y las prestaciones sociales, el *a quo* debe realizar un examen detallado del material probatorio, evidenciando, en primer lugar, si hubo permanencia en el servicio para la configuración de un contrato realidad.

En otras palabras, el *a quo* no podía pronunciarse en la audiencia inicial acerca de la ocurrencia o no de la prescripción extintiva de los derechos derivados del contrato realidad.

Lo anterior, puesto que ello es un tema propio de la sentencia en la que debe definirse la existencia de la relación laboral, para luego, en caso de resultar probada, resolver la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales que de ella se deriven.

Además, porque la pretensión de reconocimiento del contrato realidad incluye también la de ordenar el pago de los aportes pensionales, los cuales tienen el carácter de imprescriptibles y podrían desconocerse si se da por terminado el proceso anticipadamente.

Lo anterior en la medida en que la prescripción extintiva no aplica sobre los aportes pensionales adeudados con ocasión de los contratos realidad, pues el interesado puede solicitarlos en cualquier momento, garantizando su derecho de acceder a una pensión en condiciones dignas, de conformidad con su verdadera realidad laboral.

En esas condiciones, tampoco procede emitir pronunciamiento acerca de la configuración de la prescripción alegada, pues lo pedido en el recurso de apelación es un tema que debe ser discutido en la sentencia con la pruebas allegadas y solicitadas en el proceso.

Con fundamento en lo anterior, la Sala revocará la decisión adoptada por el *a quo* en la audiencia inicial, por medio de la cual se dispuso la terminación del proceso por haberse configurado la excepción de prescripción extintiva del derecho. En su lugar se dispondrá la continuación del trámite del proceso para que el asunto relativo a la configuración de ese medio exceptivo, sea diferido hasta el momento de la sentencia.



Proceso recibido en secretaría
Hoy 07 NOV 2019

Radicación: 47001-23-33-000-2014-00092-01 (0583-2015)

Demandante: Jorge Jesús Jaruffe Ávila

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A,

Resuelve

Primero. Revocar la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Magdalena en audiencia inicial celebrada el 12 de febrero de 2015, en virtud de la cual se declaró la terminación del proceso por haber operado la prescripción extintiva del derecho, de acuerdo con los argumentos expuestos en esta providencia.

Segundo. Una vez en firme este auto, por Secretaría, **devolver** el expediente al Tribunal de origen, para que continúe con el trámite del medio de control.

Notifíquese y cúmplase.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GRAR

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECRETARÍA SECCIÓN II**

Por anotación en ESTADO notifica a las partes la providencia anterior, hoy 22 NOV 2019 a las 8 a.m.