

GUÍA PARA INTERVENCIÓN ANTE EL CONSEJO DE ESTADO EN TEMA LABORAL ADMINISTRATIVO

PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO DE LA GESTIÓN INSTITUCIONAL
DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN – PGN



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación



Acreditación
Institucional de
ALTA CALIDAD

Este documento fue elaborado por la **Universidad Católica de Colombia**, en el marco del **Programa de Fortalecimiento Institucional de la Procuraduría General de la Nación** y el **Banco Interamericano de Desarrollo – BID**.

Fernando Carrillo Flórez
Procurador General de la Nación

Catalina de San Martín Balcázar Salamanca
Procuradora Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa

Diana Marina Vélez Vásquez
Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado

María Isabel Posada Corpas
Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado

Supervisores PGN

Óscar Ismael Sánchez Romero
Paul Eduardo Marthá Piñeros
Daniel Araujo Campo

Autores

Jairo Andrés Becerra Ortiz, **Director de Proyecto**
Polyana Hernández López, **Coordinadora General**
Andrés Pardo, **Consultor Especialista**
Jerónimo Ríos, **Consultor Internacional**
Astrid Rocío Galán Galindo, **Profesional de apoyo**

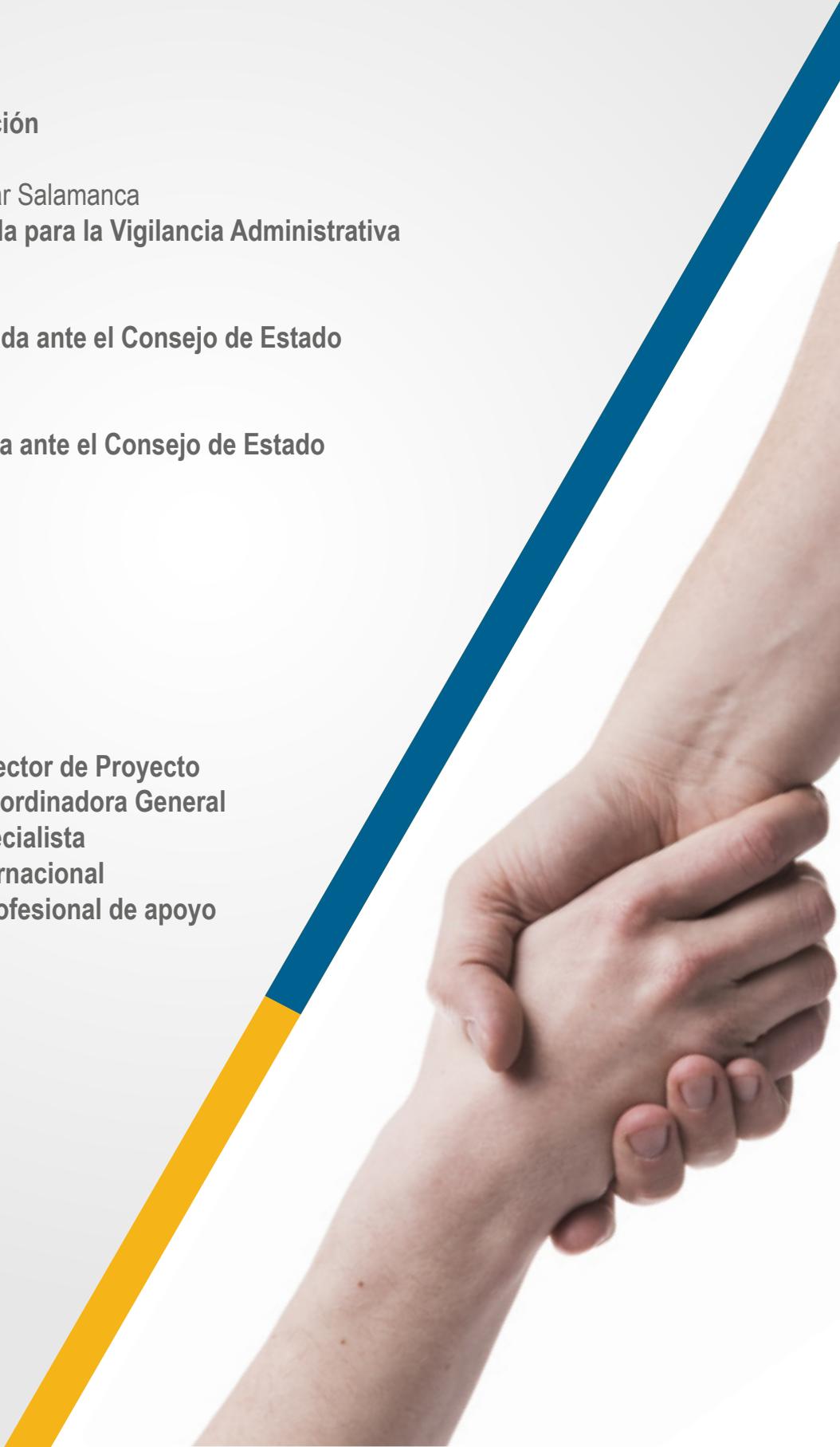
Corrector de estilo

José Manuel Ávila Olarte

Diseño Gráfico

Do.it Producciones

Bogotá D.C, 2020



1	Presentación de la Guía	Pág. 3
2	Competencia de la Procuraduría General de la Nación	4
3	Ruta para intervención ante el Consejo de Estado en tema Laboral Administrativo	6
4	Contextualización de la Gestión Misional	19
5	Casuística Nacional y Territorial	22
6	Glosario Clave	26
7	Anexo 1. Normativa	30
8	Anexo 2. Formatos	34

1. Presentación de la Guía

La función de intervención constituye al Ministerio Público en un ente al servicio de la función judicial, con autonomía y, claro está, con sujeción a la Constitución Política y a la Ley. Lo anterior, significa que en ejercicio de esta función de intervención el Ministerio Público debe garantizar el cumplimiento de los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, conocido como el debido proceso.

El Consejo de Estado asegura que la intervención del Ministerio Público en el proceso contencioso administrativo es principal y relevante, de ahí, que no puedan restringirse sus facultades y de esa forma lo contempla el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando dispone que el Ministerio Público ostenta tanto la condición de parte como la de sujeto procesal especial que, con especial y total autonomía, defiende los principios de legalidad, de prevalencia del interés general y de protección y garantía de los Derechos Fundamentales de las personas que intervienen en los procesos.

El enfoque de esta guía se dirige a precisar aspectos constitucionales y legales en materia laboral y reconocer que el trabajo es un derecho que goza en sus distintas modalidades de la especial protección del Estado. En virtud de lo anterior, se consideró pertinente tratar materias relativas a la estabilidad en el empleo, a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, a la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, a la garantía de ciertos sujetos de especial protección, entre otros.

La metodología dispuesta en esta guía permite comprender que las decisiones tomadas dentro de la relación laboral no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. En ese orden ideas, se pretende significar que cada uno de los principios fundamentales en materia laboral, garantizan un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo un valor del Estado.

2. Competencia de la Procuraduría General de la Nación



La Procuraduría General de la Nación en consonancia con la atribución que le brinda la Constitución y la Ley, es el órgano encargado de intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales, directamente por el Procurador General de la Nación o por medio de sus delegados y agentes.

Numerales 3, 4, 5 y 7, especialmente, del artículo 277 de la Constitución Política colombiana de 1991.



NIVEL CENTRAL

Decreto Ley 262 de 2000
(Numerales 1, 6 y 7 del artículo 30)

Los procuradores delegados ejercen funciones de intervención judicial en procesos contencioso administrativos como Ministerio Público ante el Consejo de Estado, cuando sea necesario para defender el orden jurídico, los derechos y garantías fundamentales o el patrimonio público.

Establece el deber de solicitar a las secciones del Consejo de Estado la remisión de asuntos sometidos a su conocimiento, para que sean decididos por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, cuando a ello hubiere lugar, por su importancia jurídica o trascendencia económica o social o a necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Interponer acciones de nulidad de actos administrativos cuando a ello hubiere lugar.

Resolución 017 de 2000 (artículos 8 y 23), modificado por la Resolución 041 de 2020, en su artículo 23, y también modificó el artículo 5 de la Resolución 194 de 2011.

Procuradurías Segunda y Tercera Delegadas ante el Consejo de Estado

Son las Procuradurías Segunda y Tercera Delegadas quienes ejercen las funciones ante la Sección Segunda del Consejo de Estado, a la cual, en virtud del Acuerdo 080 de 2019 de dicha Corporación, le corresponde conocer los diferentes asuntos de carácter laboral.

Actualmente, se encuentra asignada la función de coordinación de las Procuradurías Delegadas que actúan ante las diferentes Secciones y Subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo y la Sala Plena del Consejo de Estado a la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa.

Resolución 371 de 2005, artículos 1° y 3°

Establece como obligatoria la intervención en procesos que se tramitan ante el Consejo de Estado en única instancia en acciones de simple nulidad sobre asuntos laborales.

Así mismo, en segunda instancia en los siguientes casos la intervención será obligatoria, siempre y cuando se haya proferido sentencia condenatoria y la entidad demandada no haya contestado la demanda i) en acciones en las que se discuta el reconocimiento, la liquidación y el pago de la pensión de jubilación o de vejez, de invalidez, sustituciones pensionales o de sobrevivientes o asignaciones de retiro; ii) cuando se pretendan derechos relativos a la carrera del servidor público; iii) cuando sea parte una asociación sindical; iv) cuando el conflicto verse sobre supresión de cargos; v) cuando tenga relación con la protección de la maternidad o al menor trabajador.

Recordar que, según los términos del artículo 184 del C.C.A., en los asuntos contenciosos de carácter laboral, que aún aplique, solamente se consultarán las sentencias dictadas en primera instancia que impongan condena a cargo de la entidad pública, cuando de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses. En estos procesos donde se surte el grado jurisdiccional de consulta, el agente del Ministerio Público, antes del vencimiento del término traslado común por cinco (5) días, solicitará traslado especial que se concederá, sin necesidad de auto que así lo disponga, por el término de cinco (5) días, contados a partir de la entrega del expediente que se efectuará una vez concluido ese traslado común.

Resolución 394 de 2005 (artículo 1°)

Los Procuradores Delegados ante el Consejo de Estado intervendrán obligatoriamente en los procesos que se tramitan ante dicha Corporación en los casos en que la Procuraduría General de la Nación sea parte demandada.

Figura 1. Cuadro de Competencias de las Procuradurías Segunda y Tercera Delegadas ante el Consejo de Estado.

Fuente: Elaborado por Pardo (2020).

3. Ruta para intervención ante el Consejo de Estado en tema laboral administrativo

3.1. Es necesario conocer sobre los servidores públicos y la función pública

Los servidores públicos son las personas que prestan sus servicios al Estado, a la administración pública. Según el artículo 123 de la Constitución de 1991 de Colombia, está establecido de manera taxativa el concepto de servidor público: "los servidores públicos son los miembros de las corporaciones públicas, lo empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".

Además, para los efectos de la Ley 80 de 1993, son servidores públicos las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades estatales y los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas. (Congreso de la República, 1993, Artículo 2, Ley 80).

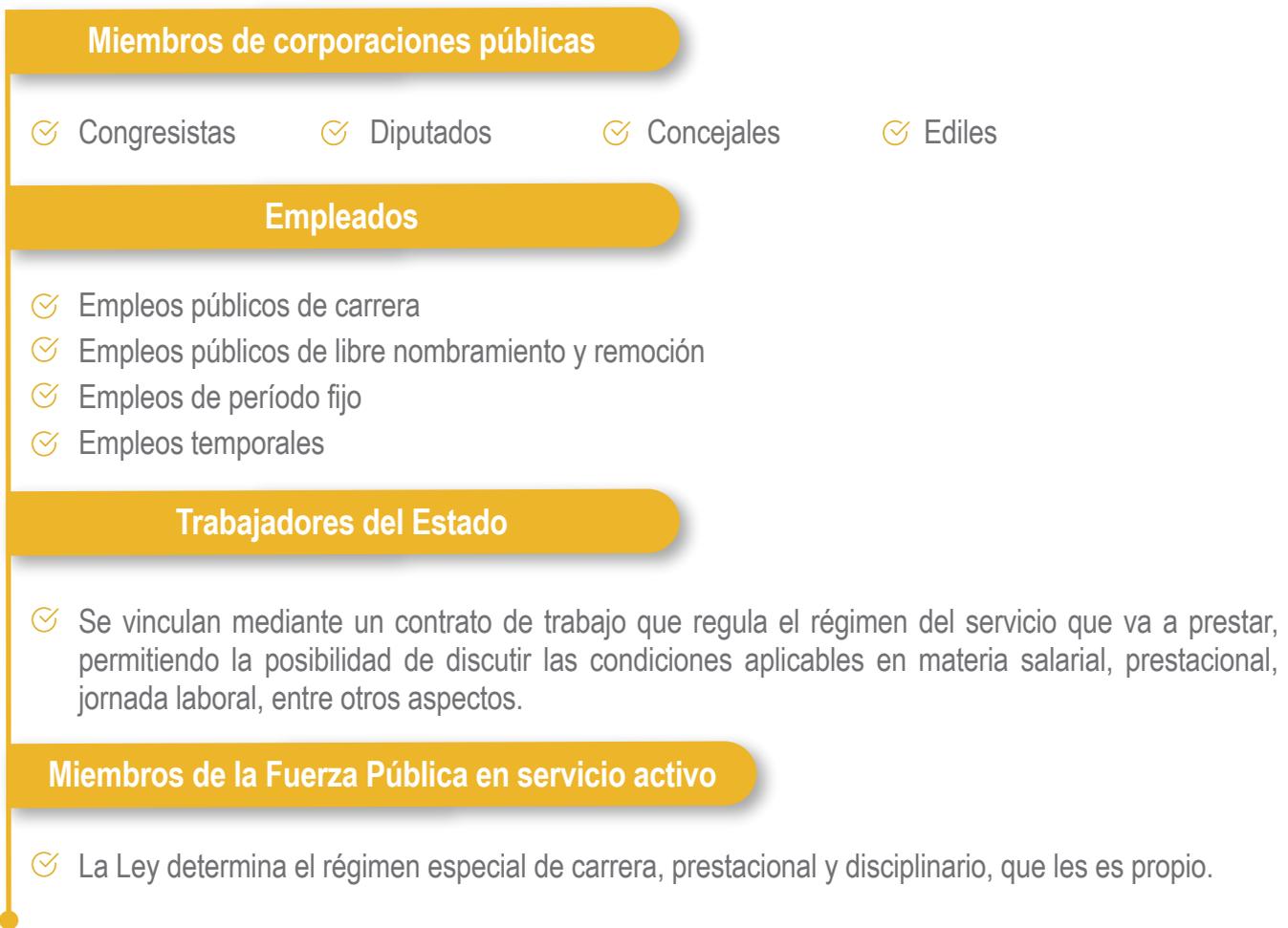


Figura 2. Los servidores públicos y la función pública.
Fuente: Elaborado por Pardo (2020).

3.2. Materias de intervención en asuntos laborales administrativos ante el Consejo de Estado

Tenga en cuenta:



El Ministerio Público está facultado para actuar como demandante o como sujeto procesal especial y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales (Congreso de la República, 2011, Artículo 303, CPACA).

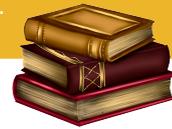
3.2.1. Temática sobre el contrato realidad

Sobre el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades en la configuración de los contratos de prestación de servicios y su desnaturalización hacia una relación laboral, la Procuraduría General de la Nación ha intervenido en defensa del orden jurídico y de los derechos y garantías fundamentales.

¡Recuerde que!



Una de las características principales del contrato de prestación de servicios es la independencia y autonomía, es decir, que no se cumple un horario y tampoco se imparten órdenes directas de un jefe inmediato; sin embargo, se puede presentar una relación de coordinación necesaria y supeditado a rendir informes de ejecución que revisa el supervisor o interventor según el caso.



Entonces, cuando se presentan condiciones especiales de subordinación en el desarrollo del contrato y se configura una asimilación con la labor que cumplen los servidores que se encuentran vinculados a través de una relación legal y reglamentaria (empleados públicos) o mediante un contrato de trabajo (trabajadores oficiales) la intervención se encamina a que se declare el principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad.

En el aspecto probatorio se debe tener en cuenta que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho, de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, así mismo, según las particularidades del caso, el juez podrá distribuir la carga al decretar las pruebas, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP; de ahí que están compelidas a demostrar los tres elementos de la relación laboral, estos son: i) prestación personal del servicio, ii) la remuneración y iii) la subordinación, lo anterior que conduzca a demostrar que los sucesivos contratos de prestación disfrazaron una verdadera relación laboral; además, las pruebas deben apuntar a demostrar que la labor ejecutada corresponde al giro normal de las actividades que desarrollan los servidores de planta (Consejo de Estado, 2016, Sentencia 00020).

Otro elemento de juicio necesario es la disposición del artículo 122 de la Constitución Política que prohíbe la existencia de empleos sin funciones definidas en la ley o reglamento y que se relaciona con su característica de ser transitorio o temporal. Es necesario valorar que las labores o actividades que se contratan mediante la figura de un contrato de prestación de servicios no sean de carácter permanente y, que además, no correspondan al giro normal de las actividades que desarrollan los servidores de planta. En caso que estas condiciones no se presenten, la figura del contrato estatal puede estar desvirtuándose porque se podrían estar configurando los elementos de una relación laboral, en particular, el aspecto relativo a la temporalidad del servicio contratado. Lo anterior daría lugar a la aplicación del principio de “prevalencia de la realidad” o “primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo”, consagrado en el artículo 53 de la Carta Política. (Consejo de Estado, 2018, Sentencia 00117)

¡Tener en cuenta!



Como regla general, en materia de pruebas, es que deben valorarse en conjunto (documental y testimonial), conforme con las reglas de la sana crítica. Cuando se trata de pruebas testimoniales, es importante que estas no sean contradictorias con las demás pruebas obrantes dentro del proceso.

Procuraduría General de la Nación

☑ El contrato realidad y las implicaciones en relación con la prescripción de los derechos laborales.

La Procuraduría General de la Nación en defensa de los derechos y garantías fundamentales.



☑ La jurisprudencia del Consejo de Estado había sido reiterada en indicar que no había lugar a la prescripción de los derechos laborales en los casos del contrato realidad derivado de los contratistas de prestación de servicios, como quiera que el derecho a reclamar naciera a partir del momento en que se reconoce la existencia de la relación laboral.



☑ La Procuraduría General de la Nación insistió en develar un claro rompimiento del derecho a la igualdad en relación con los servidores públicos - empleado público o trabajador oficial – a quienes sí se les exigía un período de tres años para la reclamación de los derechos derivados de su relación laboral; por lo tanto, esa desigualdad para quienes están formalmente vinculados a la administración debía superarse y, en los casos del contrato realidad, debía operar igualmente la prescripción prevista en las normas de carácter sustancial y no de carácter procedimental.



☑ Con la posición de la Procuraduría General de la Nación se logró determinar que el juez no crea nada con su intervención, por lo que su sentencia es meramente declarativa, es decir, que declara la existencia de un derecho que nace y se constituye durante la prestación de los servicios, al igual como ocurre con los servidores públicos. El derecho existe a partir de que el hecho tuvo ocurrencia, se reconoce la existencia de un hecho pasado y no de un hecho nuevo, por lo que el contratista que solicita ante la administración el reconocimiento de una relación laboral debe hacerlo dentro de un término que no puede exceder el de la prescripción de los derechos prestacionales y salariales que reclama, esto es, un término no mayor de 3 años a la finalización de la vinculación (Sentencia de unificación jurisprudencial CESUJ2 No. 5 de 2016, conforme con el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011).



Figura 3. El contrato realidad.
Fuente: Elaborado por Pardo (2020).

3.2.2. Temática sobre estabilidad laboral.

☑ La estabilidad laboral reforzada de servidores públicos pre pensionados de libre nombramiento y remoción. La facultad discrecional para declarar su insubsistencia. Esta facultad discrecional no puede validarse frente al desvío de poder con un fin diferente al previsto por el legislador, por ejemplo, cuando busca la satisfacción de un propósito particular, subjetivo o caprichoso.

- ✔ Características de la condición de prepensionado: Para considerar que se adquiere la condición de servidor público prepensionado y, por ende, se aplique o haga valer frente a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, el servidor público debe encontrarse próximo a pensionarse, esto es, que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez. Aunque la regla general de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción es que no gozan de estabilidad laboral reforzada, en atención a su alta calidad y elevadas responsabilidades, la Corte Constitucional estableció que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez sea el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, considera la Corte que no se frustra el acceso a la pensión de vejez (Corte Constitucional, 2018. Sentencia SU-003).
- ✔ El Consejo de Estado, en su jurisprudencia, le ha otorgado una especial protección a los pre pensionados, consistente en reconocerles un derecho a la estabilidad laboral reforzada, porque su fundamento es constitucional, en razón a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de grupos poblacionales que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público.
- ✔ No se debe confundir la estabilidad laboral reforzada de los pre pensionados con la figura del retén social, para reducir de manera equivocada la estabilidad reforzada sólo a los casos en que el retiro deriva de una supresión ante la liquidación de la entidad o en el marco de los procesos de restructuración, por el contrario, el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. La estabilidad laboral de los pre pensionados resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo (Consejo de Estado, 2019, Sentencia 01744).

Figura 4. La estabilidad laboral.
Fuente: Elaborado por Pardo (2020).

3.2.3. Temática sobre tercerización laboral

- ✔ **Las Cooperativas de Trabajo Asociado y la intermediación laboral como modalidad de contratación de personal es diferente y por lo tanto no se refiere a la contratación de prestación de servicios. Los trabajadores al servicio del proveedor tienen sus derechos amparados por el artículo 55 de la Carta Política, es decir, que los trabajadores pueden efectuar negociación colectiva (Consejo de Estado, 2017, Sentencia 00485)**



- ✔ Se encuentra proscrita la tercerización laboral frente a todas las actividades permanentes. Recuerde que el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 dispuso que el personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes. No toda tercerización laboral conlleva una violación de derechos laborales.



- ✓ No puede considerarse vulneración al derecho a la igualdad entre trabajadores que realizan actividades misionales permanentes con los que realizan actividades permanentes, porque los primeros se ocupan de funciones relacionadas con la producción de bienes y servicios característicos de la empresa que los contratan (proveedor) para servir a un beneficiario, protegiendo al trabajador para que sea contratado a través de un proveedor que le garantice todos los derechos, mientras que en los segundos existe una vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios que se encuentran regulados por una norma especial diferente, protegiendo a su vez al empleo, para que en vez de contratar por la modalidad de prestaciones servicios se creen aquellos.



- ✓ La tercerización laboral es una actividad autorizada por la ley, de ahí que está sujeta a inspección, vigilancia y control. Esta figura es necesaria para la obtención de bienes y servicios característicos de una empresa, por ello resulta claro que la contratación de personal está supeditado a la obtención de unos productos que requiere un beneficiario y que la relación laboral esté ajustada a las normas laborales y derecho de los trabajadores, por consiguiente la actividad misional debe estar ligada con la producción de ese producto que se requiere proveer.

Figura 5. La tercerización laboral.
Fuente: Elaborado por Pardo (2020).

3.2.4. Temática sobre la irrenunciabilidad de los derechos laborales

- ✓ La Constitución establece que ciertos derechos de los trabajadores son irrenunciables, en caso de que los mismos hayan sido objeto de un acuerdo conciliatorio para su reconocimiento, su cuantía o su valor, no impide que se puedan exigir, posteriormente, a través de una demanda por parte de sus titulares, dada la naturaleza e importancia de los mismos, pues las personas no pueden desprenderse de ellos voluntariamente.



- ✓ El artículo 53 de la Carta Política consagra el principio fundamental de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, el cual se apoya en el mejoramiento constante de los niveles de vida y en la dignificación del trabajador. Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público, de ahí que los derechos y prerrogativas en ellas reconocidos se sustraen a la autonomía de la voluntad privada, por lo que no son disponibles.



- ✓ Existe una imposibilidad constitucional de modificar las condiciones de trabajo en los aspectos estructurales de la relación en perjuicio del trabajador, lo que tiene sustento en el carácter esencial de estos beneficios para la conservación de la dignidad humana. Entonces el ejercicio unilateral del iusvariandi sólo es posible cuando se refiere a elementos accidentales de la relación, sea funcional y no dañe al trabajador.



Sin embargo, si el servidor público que se encuentra vinculado al servicio tiene derecho a que las condiciones laborales se conserven, no significa que toda modificación unilateral o variación de las mismas desconozcan sus derechos laborales, siempre y cuando no excedan lo estructural de la relación laboral ni invadan injustificadamente la esfera de privacidad del trabajador ni la "intangibilidad de su ocio" es perfectamente posible (Consejo de Estado, 2010, Sentencia 5288).

Figura 6. La irrenunciabilidad de los derechos laborales.

Fuente: Elaborado por Pardo (2020).

3.2.5. Temática sobre el mérito en la función pública

- Una de las características del sistema de carrera es la vinculación a las entidades del Estado de aquellos mejor calificados atendiendo el mérito, derivados de procesos de selección que garanticen la igualdad de los participantes, sin discriminación alguna. Como eje definitorio de la Constitución (Artículo 125 C.P.), según pronunciamientos de la Corte Constitucional, el principio del mérito permite seleccionar a los mejores participantes para llenar las vacantes definitivas, proceso que garantiza el ingreso al ejercicio de la función pública de una manera idónea y eficiente.

El ordenamiento jurídico, para efectos del ingreso al servicio público en cargos de carrera, solo consagró la protección especial a favor de los discapacitados, no de las mujeres embarazadas o los desplazados. Los principios orientadores del proceso son el mérito, libre concurrencia, igualdad, oportunidad, publicidad, objetividad, imparcialidad, Confiabilidad, transparencia, validez de los instrumentos, eficacia, atendiendo lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, sus Decretos reglamentarios y el Decreto Ley 760 de 2005, en concordancia con la Ley 1033 de 2006.



Si bien los concursos de mérito se realizan en igualdad de condiciones, según regulación Constitucional, también es cierto que los discapacitados, las mujeres embarazadas y los desplazados tienen una posición diferente a las demás personas que participan en los concursos para acceder a los cargos del Estado, razón por la cual es necesario revisar si cada una de estas condiciones configuraría un trato desigual o por el contrario, las mismas, ameritan un trato especial.



El ordenamiento jurídico dispone que la protección a la maternidad se refiere a las servidoras que se encuentran nombradas en provisionalidad, o en período de prueba que debe ser interrumpido, o cuando son calificadas insatisfactoriamente, o para efectos de su retiro, o se suprime el empleo, pues estas novedades no se pueden cumplir o ejecutar sino hasta que finalicen su licencia de maternidad, es decir, la garantía normativa refiere a las personas que ocupan cargos de carrera y no a los presupuestos que se deben tener en cuenta para efectos de los procesos de selección o concursos.



✓ De igual forma sucede con los desplazados por razones de la violencia, de tal suerte que para la Comisión Nacional de Servicio Civil es deber reubicar a la persona siempre que demuestre esa condición ante la autoridad competente y ostente los respectivos derechos de carrera, pero cuando se trata del ingreso al servicio público se descarta cualquier trato desigual.



✓ Por el contrario, en relación con los discapacitados es importante consagrar a favor de aquellas personas discapacitadas físicas, auditivas o visuales que aspiran a ingresar al sector público el derecho a la igualdad de oportunidades para a su acceso a empleos de carrera, e incluso a ser preferidos en el caso de que se configuren empates frente a los demás participantes, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 361 de 1997.

Figura 7. El mérito en la función pública.

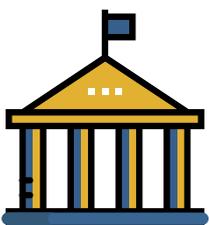
Fuente: Elaborado por Pardo (2020).

3.2.6. Temática sobre régimen laboral de docentes.

✓ La Ley 91 de 1989 reguló el régimen laboral de los docentes y creó para el efecto el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya principal finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes. Además, el Decreto 1775 de 1990 reglamentó el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló que las solicitudes de reconocimiento y pago de las prestaciones económicas de los docentes, debían ser radicadas ante la Oficina de Prestaciones Sociales del respectivo Fondo Regional de Educación, el cual realiza el respectivo estudio de la documentación previo visto bueno de la entidad fiduciaria para luego expedir la correspondiente resolución de reconocimiento.



✓ De acuerdo con la Ley 91 de 1989, a los docentes nacionales y nacionalizados, independientemente de la fecha de su vinculación, se le reconocerán las cesantías definitivas, todo ello en virtud del proceso de la educación oficial prescrito por la Ley 43 de 1975. Ellos se entienden afiliados automáticamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al igual que el personal docente vinculado con posterioridad, siempre que cumplan los requisitos para su afiliación.



✓ El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debe incluir todo el tiempo de servicio prestado por los docentes para el reconocimiento de las cesantías definitivas. El cambio en la vinculación laboral de docente nacionalizado a docente territorial, no puede generar interrupción de la labor, puesto que el cambio de legislación solo surte efecto respecto al ente que asume el pago de las acreencias laborales a que pudieran tener derecho los docentes que cambian de categoría.

Figura 8. El régimen laboral de docentes.

Fuente: Elaborado por Pardo (2020).

3.2.7. Temática sobre sanción moratoria en cesantías definitivas.

-  **Para los servidores públicos sujetos al régimen de pago de retroactividad, la ley fijó un término perentorio para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías, esto es, que corre 65 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, los cuales corresponden a 15 días para expedir la resolución; 10 días del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011) [5 días, si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984] y 45 días para efectuar el pago. En caso de mora estableció a título de sanción, a cargo de la administración y a favor del trabajador, la suma que resulte de multiplicar un día de salario por cada día de retardo y mora por falta de consignación del auxilio de cesantías de las anualidades exigidas, pero solo de las cesantías definitivas.**
-  En sentencia de unificación el Consejo de Estado dispuso que el salario para liquidar la indemnización moratoria será el que devengue el empleado en el año en que se produzca la mora, pero si esa mora se extiende en el tiempo, a tal punto que surja el derecho a la consignación de un nuevo periodo anualizado de cesantías, a partir de que se desconozca el término para la consignación de ese último periodo, la indemnización moratoria deberá liquidarse con el salario que corresponda al último. Debe aclararse que cuando se produzca mora en la consignación de anualidades sucesivas de cesantías, ante la imposibilidad de aplicarse una mora individual para cada una de ellas, surge la necesidad de hacer precisión en el salario que se ha de tener en cuenta a partir de que concurren dos años en mora (Consejo de Estado, 2016, Sentencia SUJ004).
-  La sanción o indemnización moratoria está sometida al fenómeno de prescripción trienal, en cesantías anualizadas, de ahí que las entidades pueden incumplir con la obligación de consignar anualmente las cesantías causadas a favor de un trabajador. Sin embargo, el reconocimiento de la sanción no está sometido al fenómeno prescriptivo en la medida en que no ha culminado la relación laboral. Se debe tener en cuenta que están prescritas las sumas adeudadas con anterioridad a las que surjan de la consignación de un nuevo periodo anualizado.
-  La sanción moratoria no es accesoria a esta prestación y por su carácter sancionatorio opera la prescripción trienal, por ello la norma que se ha de invocar para efectos de la prescripción es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969. La figura de la sanción moratoria solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990 (Consejo de Estado, 2016, Sentencia 00628).
-  **También para la liquidación de las cesantías definitivas de estos servidores públicos sujetos al régimen de pago de retroactividad, el legislador no efectuó distinción en torno a los tiempos de servicio que deben ser usados al respecto, siempre y cuando no se haya producido una interrupción superior a 15 días hábiles que es el tope en que se causa la solución de continuidad.**



Las cesantías, al tener naturaleza de ahorro, no se les puede predicar la prescripción respecto de las sumas que la componen, así ocurría respecto de las cesantías bajo la modalidad de liquidación con retroactividad. Respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley. No obstante, cuando se trata de la consignación de las cesantías definitivas, si la mora no se produce por negligencia del empleador, sino por una causa atribuible al empleado, sí procede el fenómeno prescriptivo, pues en tal caso, la omisión de este último en cumplir los requerimientos que el empleador hace para disponer su pago, no puede constituir un beneficio a su favor. En los anteriores términos se precisa que las cesantías anualizadas no están sometidas al fenómeno prescriptivo, mientras que las definitivas sí están sujetas a ese fenómeno.

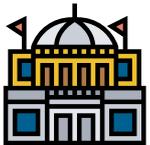


Los procesos administrativos no son un argumento válido para desconocer obligaciones laborales mínimas e irrenunciables, como es la imposibilidad de cancelar una indemnización moratoria, la cual no puede estar condicionada porque ello evidencia un problema de incapacidad e ineptitud por parte de la entidad, situación que es ajena a cualquier trabajador. Se ha considerado por parte de la Procuraduría General de la Nación que la ley de saneamiento fiscal no puede servir como argumento para desconocer obligaciones previamente adquiridas (presupuestadas desde la vinculación del funcionario) y definidas por ley (tanto el derecho en sí, como la sanción por extemporaneidad en su consignación o pago), pues sería irresponsable negar derechos a los trabajadores amparados de manera integral por los artículos 25, 53 y 58 de la Constitución Política.

Figura 9. Sanción moratoria en cesantías.
Fuente: Elaborado por Pardo (2020).

3.2.8. Temática sobre tercerización laboral

El Decreto 1042 de 1978 establece que la jornada ordinaria laboral de los empleados públicos es de 44 horas semanales, pero también prevé una jornada especial de 12 horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales, para empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia. Así mismo, es importante establecer que la jornada laboral se encuentra íntimamente ligada al salario y éste puede tener variables según la naturaleza de las funciones y las condiciones en que se deban ejercer.



Esta norma regula el trabajo ordinario en días dominicales y festivos, y la forma como se remunera; por ejemplo, el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y recibe una remuneración diferente a la señalada para el trabajo realizado como suplementario en días hábiles, que corresponde al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100%, sin perjuicio de la remuneración habitual. Cabe resaltar que el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio, cuya remuneración se entiende incluida en el valor del salario mensual y cuando dicho compensatorio no se concede o el funcionario opta porque se retribuya o compense en dinero (si el trabajo en dominical es ocasional), la retribución debe incluir el valor de un día ordinario adicional.

Se entiende por jornada extraordinaria la que excede la ordinaria y se presenta por razones especiales del servicio para ejecutar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria; aquí el jefe de la entidad o sus delegados deben autorizar el descanso compensatorio o el pago de horas extras. Para el reconocimiento y pago, deben observarse algunas reglas como son: i) que el empleado pertenezca a los niveles técnico y asistencial; ii) que sea autorizado previamente mediante comunicación escrita; iii) que tenga un recargo del 25% si se trata de trabajo extra diurno o con un recargo del 75% cuando se trate de horas extras nocturnas; iv) que en dinero no se pague más de 50 horas extras mensuales; v) que las horas extras trabajadas que excedan el tope señalado se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 8 horas



- ✓ extras trabajadas; vi) que es reconocida y pagada, sin perjuicio de que el empleado se encuentre en comisión de servicios, y trabaja horas extras y que se constituyen en factor de salario para la liquidación de cesantías y pensiones.
- ✓ En cuanto a la liquidación de factores salariales, como las cesantías, se debe tener en cuenta que el Consejo de Estado ha precisado que de acuerdo con lo señalado por el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978, debe incluirse como factor salarial para la liquidación de la cesantías, los pagos que se hagan por trabajo suplementario (horas extras) y por dominicales y festivos, por ello le asiste el derecho a los empleados el reconocimiento de las horas extras laboradas, el reajuste de los recargos nocturnos, dominicales y festivos (Consejo de Estado, 2018, Sentencia 00705).

Figura 10. La jornada laboral.
Fuente: Elaborado por Pardo (2020).

3.2.9. Otros aspectos de intervención en asuntos laborales administrativos

Agotamiento previo de reclamo administrativo, como presupuesto procesal de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Cuando se trata de derechos laborales renunciables, estos tienen que reclamarse previamente ante la administración; por regla general, la administración pública no puede ser llevada a juicio contencioso sin que previamente no se le haya solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez. La reclamación previa, que se opone al derecho de citación directa que tienen los demandantes en los procesos civiles, constituye un privilegio por cuanto le permite a la administración volver a pensar o considerar mejor la decisión que se impugna o resiste; y para el administrado también puede resultar ventajosa ya que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito. Se trata entonces de que la administración no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se solicita una decisión a ella sobre la pretensión que se desea ventilar ante el juez administrativo, que la doctrina autorizada ha denominado decisión previa (Consejo de Estado, 2015, Sentencia 25000232500020040024701).

Prima de Servicios

El concepto de prima significa invariablemente, un agregado en el ingreso de los servidores públicos, en ocasiones de naturaleza prestacional, salarial o como simple bonificación, con la constante de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral. Respecto a esta figura es dable entender los alcances del ordenamiento jurídico de forma consistente a la protección de los derechos de las personas (Inciso 2º del artículo 53 de la Constitución Política), todo ello dentro del contexto de un cometido que proporciona y justifica la existencia del Estado, de manera que, atendiendo esta mínima y básica realidad, no será posible asignar al concepto de prima usado por el Legislador en los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, una consecuencia diferente a la de representar un incremento remuneratorio. Este razonamiento, además, es consecuente con el principio de progresividad, constitucionalmente plasmado en el artículo 53 de la Carta Política, pues deriva de la noción de salario vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; justamente, hay que reconocer que la funcionalidad de las primas, en la remuneración de empleados y trabajadores, desarrolla y expresa esta característica conceptual con el alcance jurídico que se precisa dentro del sistema salarial vigente (Consejo de Estado, 2019, Sentencia de Unificación - SUJ-016-CE-52-2019).

Acoso laboral

La Procuraduría ha considerado que es competencia del Ministerio del Trabajo reglamentar lo atinente al tema del acoso laboral, puesto que es evidente que al regular la forma como se debe integrar los comités de convivencia laboral, permite hacer efectivo lo que previamente dispuso el legislador sobre el deber de ejecutar y llevar a la práctica las previsiones contempladas en la Ley 1010 de 2006, como son los mecanismos o procedimientos que permiten la solución de controversias originadas por acoso laboral.

Principio general del Derecho Laboral “a trabajo igual, salario igual”

Pese a que el sistema normativo permite encomendar a los servidores públicos actividades que cotidianamente no realizan, estas no deben involucrar tareas que pertenezcan a un nivel superior al que ocupan, pues de ser así, se originaría un enriquecimiento sin justa causa de la administración, porque pagaría un salario inferior por labores que son más onerosas, y un detrimento de los derechos laborales de los trabajadores. La jurisprudencia ha señalado que cuando se desconoce el principio de «salario igual, trabajo igual», se crea una discriminación laboral reprochable que debe ser eliminada por parte del funcionario judicial. Dentro de una relación laboral, lo que determina el salario de los trabajadores son las tareas que efectivamente cumplen y no las formalidades, tal como lo establece el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas dispuesto en el Artículo 53 de la Constitución Política. Conforme con lo expuesto, debe concluirse que quien pretenda la nivelación salarial porque considera que la función que cumple resulta equiparable a la de otro funcionario que se remunera con mayor salario, debe acreditar que: a) Cumplía las mismas funciones que este, b) contaba con la misma preparación y c) debe acreditar los requisitos que exige el empleo (Sentencia 01072 de 2016, Consejo de Estado).

Figura 11. Otros aspectos de intervención en asuntos laborales administrativos.
Fuente: Elaborado propia (2020).



3.3. Oportunidades procesales para la intervención en asuntos laborales administrativos



Figura 12. Oportunidades procesales para la intervención en asuntos laborales administrativos.

Fuente: Elaborado por Pardo (2020).

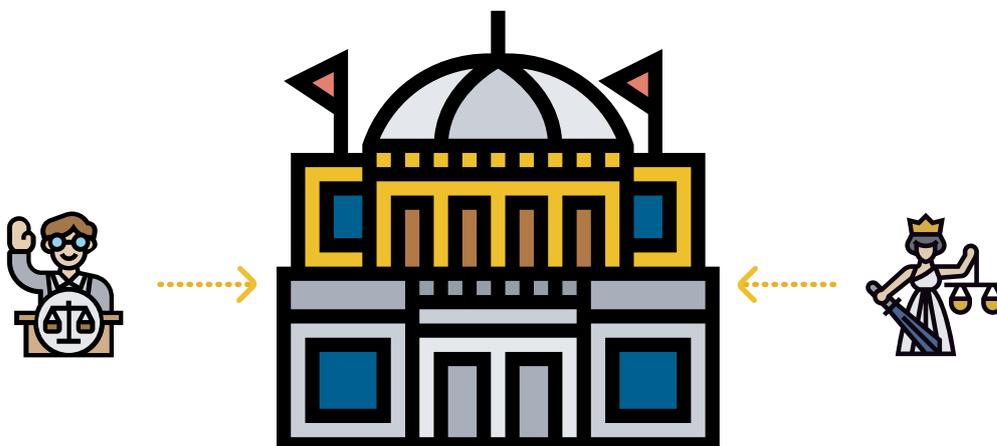
Recuerde que:



La presencia del Ministerio Público en los procesos judiciales, en calidad de sujeto procesal especial, tiene un objeto específico y es velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico, la protección del patrimonio público y la garantía de los derechos fundamentales, y no debe tener como fin sustituir a las partes. Cuando se trate de la interposición de recursos, le corresponde al Ministerio Público fundamentar su interposición en aras acreditar su interés para recurrir, sin que esto signifique que pueda hacerlo desconociendo la finalidad establecida para su intervención (Consejo de Estado, 2014, Sentencia de Unificación No. 37747).

En consecuencia, el hecho de que exista un agente que es parte del proceso contencioso, y que representa el interés general, no puede ser entendido como una violación a los principios de igualdad y al debido proceso, por cuanto el artículo 277 constitucional hace viable su intervención, lo que además refleja que el Ministerio Público tiene amplias facultades –las que le asisten a las partes en el proceso– para solicitar, por ejemplo, la vinculación de terceros, deprecar el decreto de pruebas, impugnar las decisiones proferidas en el proceso, etc., siempre que se acredite que medie un interés de protección al patrimonio público, al orden jurídico y los derechos fundamentales. Es preciso que el Procurador General de la Nación o sus delegados determinen el escenario constitucional que sirve de fundamento para la impugnación (v.gr. la defensa del orden jurídico, el patrimonio público o las garantías fundamentales) y las razones expresas por las cuales el respectivo recurso se orienta a la protección de alguno de esos fines, varios de ellos o todos (Consejo de Estado, 2012, Expediente No. 44541).

Así mismo, para la conformación de los juicios de valoración en el ejercicio de la atribución de intervención, se deben tener en cuenta las sentencias de unificación del Consejo de Estado, las cuales tienen fuerza vinculante para resolver los casos o controversias en materia laboral.



4. Contextualización de la Gestión Misional

4.1. Contexto Internacional

El Consejo de Estado es una institución que en Colombia dispone de una impronta jurisdiccional, significativamente diferente a lo que sucede en el resto de los países de su entorno, pues su vigencia en el continente, principalmente, es más propia de inicios del siglo XIX que del siglo XXI. De hecho, es una institución que fue creada por el mismo Simón Bolívar, en octubre de 1817, aunque su evolución fue intermitente. A pesar de que la Constitución de 1886 reconocía la posibilidad de constituir un Consejo de Estado, como parte de la arquitectura institucional del Estado, el entonces presidente Rafael Núñez desistió de la misma, de manera que hay que esperar a que aparezca como tal, entre 1910 y 1914.

En la actual Constitución Política de Colombia de 1991, el reconocimiento del Consejo de Estado, como tal, se encuentra expresamente recogido por lo dispuesto en el artículo 237, aunque está complementado por otras normas como la Ley 270 de 1996 – Estatutaria de la Administración de Justicia- o la Ley 1437 de 2011 – Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. De este modo, se erige como una Alta Corte, tal y como sucede con la Corte Suprema, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, concentrado sus competencias, mayormente, en el ámbito contencioso-administrativo (Manrique, 2010).



Esta excepcionalidad conduce a que sus competencias de orden laboral y, especialmente, administrativo y contencioso-administrativo, en la mayoría de Estados de la región, se inscriben en la labor de los Tribunales o Juzgados de lo Contencioso-Administrativo -como sucede en México, Guatemala, Perú, Argentina o Ecuador; o por los tribunales del orden laboral/social. Por ejemplo, en estos países, son estos tribunales de lo contencioso-administrativo los encargados de conocer de lo referente a la contratación de entidades públicas, entidades prestadoras de servicios públicos o particulares en el ejercicio de funciones propias del Estado. Del otro lado, la excepcionalidad la tendría Chile, en donde los tribunales comunes son los que conocen del orden administrativo, a excepción de cuestiones específicas, como pueden ser Tribunales Tributarios Aduaneros o los Tribunales Ambientales. Quizá, las mayores semejanzas podrían encontrarse, por ejemplo, con la República Dominicana y con la responsabilidad del Tribunal Superior Administrativo, de acuerdo con las Leyes 1494 de 1947 y 13-07 de 2007.

Quedaría señalar que en el resto de Estados latinoamericanos, la presencia de Consejos de Estado resulta pírrica. Inscrita en la construcción de los primigenios Estados republicanos del siglo XIX, sólo en algunos países del Cono Sur han tenido relevancia posteriormente. Así sucedió con su creación expreso, bajo la dictadura de Augusto Pinochet, para elaborar la Constitución de 1980. De manera similar, en Uruguay, el Consejo de Estado asumiría funciones semejantes a la del poder legislativo mientras duró la dictadura, entre los años 1973 y 1985.

En Perú, por otro lado, el Consejo de Estado opera como espacio de discusión extraordinaria, quedando formado por el mismo presidente de la República y los titulares del Congreso y el Poder Judicial, si bien, excepcionalmente, pueden participar el Fiscal de la Nación y el presidente del Tribunal Constitucional, entre otros. Esta lógica, excepcional, se asemejaría más a la naturaleza del Consejo de Estado español – originario de la monarquía de los Reyes Católicos- y al cual la Constitución de 1978 le reconoce un carácter consultivo para la mayoría de las cuestiones, salvo disposición contraria

de la Ley Orgánica. Éste queda conformado por altas personalidades del estamento militar, del cuerpo diplomático, del profesorado universitario, de altos funcionarios del Estado o de políticos de destacada trayectoria que, en suma, nutren sus ocho secciones, además de sus comisiones y funcionamiento en Pleno (Araújo, 1997).

De este modo, estas instancias quedarían, quizá, más próximas a la otra función consultiva que desarrolla el Consejo de Estado y por la que, igualmente, coadyuva la toma de ciertas decisiones del Gobierno Nacional respecto de asuntos de administración que provienen tanto del nivel ministerial como de directores de departamentos administrativos, redundando en la esencia de una de las instituciones nucleares sobre las que se construye la arquitectura orgánica y la garantía de derechos en el Estado colombiano.



4.2. Contexto Nacional



En concordancia con lo prescrito por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido uniforme y reiterada en precisar y puntualizar la capacidad con la que cuenta el Ministerio Público para intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten e impugnar las providencias proferidas por los distintos órganos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en tanto que se encuentra facultado para actuar como demandante o como sujeto procesal especial.

La participación de la Procuraduría General de la Nación en los procesos judiciales refleja el ejercicio de una función constitucional, autónoma e independiente, que tiene por objetivo el control de la actuación pública. De ahí, que su importancia radique en la naturaleza propia de la función de Ministerio Público, concretamente en los procesos de carácter contencioso administrativo, la cual tiene como objetivo principal la de servir de garante de la legalidad en sentido material, la protección del patrimonio público en respeto del principio de primacía del interés general y la concreción o materialización de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en los procesos como partes o sujetos procesales (Consejo de Estado, 2012, Sentencia 44451).

Es de suma significación tanto para el ordenamiento jurídico de un Estado como para las autoridades que tienen bajo su responsabilidad el ejercicio de la función jurisdiccional, que los agentes del Ministerio Público participen activamente dentro de los procesos contenciosos administrativos, proponiendo una dinámica dialéctica constante con los demás sujetos procesales en aras de conseguir los cometidos superiores de respeto y preservación del sistema normativo, la protección del erario y la materialización y efectividad de los derechos fundamentales de las personas.

Ahora bien, no podría confundirse la actividad encomendada al Ministerio Público con la función legal asignada a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la cual cumple con precisas atribuciones de ser interviniente dentro del proceso en donde sea parte una entidad pública o, en algunos casos, fungir como apoderada judicial de esas mismas entidades, pero no alcanza el carácter de intervención en defensa de los intereses de la sociedad que representa la Procuraduría General de la Nación como sujeto procesal dentro del proceso judicial.

De otro lado, el Constituyente de 1991, en materia laboral, fue riguroso y generoso al establecer un conjunto de principios mínimos fundamentales que ofrecen mayor claridad, uniformidad y coherencia en la presentación y disposición de las normas laborales que trasciendan las eventuales coyunturas políticas y económicas; por lo tanto, el alcance y contenido de los mismos deben orientar la acción del legislador, además de condicionar la interpretación de todas las disposiciones legales que se ocupen de la misma.

De ahí, que el interés superior irradie la protección del trabajo en todas sus formas y sin hacer distinción entre empleadores públicos y privados, independientemente de que existan criterios relevantes de diferenciación en relación con las prestaciones debidas a sus trabajadores; por ello, la Corte ha realizado juicios de igualdad entre trabajadores de los regímenes privado y público, como quiera que se considera que la naturaleza jurídica del empleador no excluye prima facie la comparación entre los trabajadores al servicio del Estado y los particulares, y, por ende, son dos aspectos susceptibles de comparación (Corte Constitucional, 1999, Sentencia C-055).

5. Casuística Nacional y Territorial



Primera Hipótesis

Una persona estuvo vinculada al Ministerio durante dos (2) años mediante contrato de prestación de servicios. El objeto era prestar servicios de docente. La vinculación finalizó en el año 2006, pero solo reclamó el reconocimiento de la relación laboral en un escrito del año 2015. Dentro de la mencionada reclamación solicita el reconocimiento de las prestaciones sociales que de la relación laboral se deriva, además de los aportes pensionales en el porcentaje que le correspondía a la entidad.



Elementos fácticos y jurídicos del caso

- ✔ El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 autoriza la celebración de contratos de prestación de servicios para cumplir las labores de administración o funcionamiento de la entidad, de manera excepcional y transitoria.
- ✔ El contratista realizó actividades que corresponden al giro normal de las desempeñadas por los servidores de la planta de personal con relación al ejercicio de la docencia.
- ✔ El contratista tenía que cumplir con un horario de trabajo, sometido a las directrices que le indicara el Ministerio, según lo dispuesto en el contrato, y además, la entidad le entregaba los elementos y los documentos necesarios para la ejecución del objeto contractual.
- ✔ La entidad designó un supervisor del contrato a quien, el contratista, presentaba unos informes y de quien recibía las instrucciones sobre las directrices para el ejercicio de la docencia.
- ✔ La reclamación para el reconocimiento de la relación laboral se presentó mediante un escrito que se produjo después de tres años de haberse dado por terminada la vinculación.
- ✔ La reclamación incluía el reconocimiento de las prestaciones sociales y el pago de los aportes pensionales en el porcentaje respectivo conforme a la ley.



Juicios de valoración en el ejercicio de la atribución de intervención

- ✔ Si bien la ley autoriza la celebración de contratos de prestación de servicios para cumplir las labores de administración o funcionamiento de la entidad, si tienen el carácter de permanentes y similares a las que desempeñan los empleados públicos, desdibuja la figura contractual y queda probada la relación laboral.
- ✔ Debe observarse que las actividades contractuales correspondían al giro normal de las desempeñadas por los servidores de la planta de personal de la entidad donde prestaba sus servicios.
- ✔ De igual modo, era evidente que para cumplir con las actividades antes señaladas, el contratista tenía que cumplir un horario de trabajo, se sometía a las instrucciones de la supervisión y ejecutaba sus actividades con elementos y herramientas otorgadas por la entidad, es decir, que existió una actividad personal que desarrolló la accionante bajo subordinación y dependencia.
- ✔ El criterio de intervención por parte del Ministerio Público debe ir orientado en señalar la configuración de los tres elementos de la relación laboral; sin embargo, el reconocimiento

de las prestaciones sociales no podría otorgarse teniendo en cuenta la prescripción del derecho, en tanto que en este caso, se configura la prescripción respecto a la relación laboral y al derecho de percibir las prestaciones sociales en virtud de la simulación del contrato laboral.

- ☑ Ahora bien, a pesar de que se configure la prescripción trienal, ésta no incluye los aportes de pensión que se derivaron de esa relación de trabajo al tratarse de un derecho imprescriptible, de ahí la procedencia del reconocimiento y pago de los aportes pensionales en el porcentaje que le correspondía a la entidad, toda vez que a nivel jurisprudencial, el Consejo de Estado ha considerado que deben ser reconocidos por los efectos que tienen respecto al reconocimiento de la pensión de jubilación.
- ☑ Así mismo, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control y pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, aplicando lo prescrito en el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA (Consejo de Estado, 2016, Sentencia de Unificación SUJ2-005-16).



Segunda Hipótesis

Una persona vinculada a una cárcel del nivel territorial prestó sus servicios de guardia en el reclusorio en turnos de 24 horas consecutivas, seguidas de 24 horas de descanso, excediendo la jornada máxima de 44 horas semanales, mediante órdenes diarias que establecían los turnos durante más de seis (6) meses en un solo año. Por lo que el funcionario territorial reclamó el reconocimiento de trabajo suplementario a pesar de no existir constancia de este trabajo impartida por el superior.



Elementos fácticos y jurídicos del caso

-  Los miembros de la guardia penitenciaria de nivel territorial tienen a su cargo la prestación de un servicio público esencial con la misión de mantener y garantizar el orden, la seguridad, la disciplina y los programas de resocialización en los centros de reclusión, por tratarse de población vulnerable en razón a las circunstancias en las que se hallan en el establecimiento carcelario y, adicionalmente, sometidas a la tutela del Estado, quien funge como garante de sus derechos. De tal manera que la naturaleza del servicio o de estas labores no pueden subsumirse o asimilarse con actividades de simple vigilancia, esto es, a un mero cuidado o custodia de personas.
-  A este tipo de empleados públicos del nivel territorial se les aplica la norma del orden nacional y dentro de los límites que esta fija, el jefe del organismo respectivo puede establecer el horario de trabajo, sin perjuicio de la jornada máxima legal, que para este caso la regla general y por ser empleado de tiempo completo es de 44 horas semanales, salvo para los de medio tiempo o de tiempo parcial creados por la Ley 909 de 2004, pero en todo caso la jornada laboral en el sector oficial es de origen legal y de reglamento.
-  Solo la jornada máxima de 66 horas ha sido prevista para actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, entre las que tampoco se hallan las labores desempeñadas por los integrantes del cuerpo de custodia de un centro de reclusión.
-  Los guardines del nivel territorial dependen directamente del ente territorial y no de la Nación y, por tanto, su erogación presupuestal corre por cuenta del erario territorial, aunque su régimen laboral está limitado por la ley.
-  Este funcionario depende directamente del ente territorial y se encuentra reflejada la voluntad de la Administración de que aquel cumpliera, sin que tuviere la opción de escoger el horario, de ahí es viable el reconocimiento del trabajo suplementario con fundamento en el Decreto 1042 de 1978.



Juicios de valoración en el ejercicio de la atribución de intervención

-  Se concluye que los guardianes de una cárcel territorial tienen derecho, una vez excedan las 44 horas semanales de trabajo, al reconocimiento de las horas suplementarias aplicando el principio de equidad e igualdad, de acuerdo con lo dispuesto en el literal d) del artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el que los Estados parte, entre ellos Colombia, se obligaron a reconocer el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren la limitación razonable de las horas de trabajo, así como la remuneración de los días festivos.

- ✔ Las actividades ejercidas por los guardianes se ejecutan de forma continua y permanente y no pueden ser asimilados con quienes hacen actividades de simple vigilancia, por lo tanto no se les puede asignar una jornada de trabajo superior a las 44 horas semanales.
- ✔ El Consejo de Estado ha tomado posición frente a las reclamaciones laborales formuladas por empleados de este tipo, en lo que tiene que ver con el reconocimiento del trabajo suplementario, porque además de pertenecer al mismo orden territorial, guardan relación por la naturaleza y fines de la prestación de los servicios a la comunidad, en tanto que son actividades que se deben prestar continua y permanentemente, y procuran salvaguardar la seguridad y el patrimonio de la población del ente territorial.
- ✔ Según la Ley 65 de 1993 corresponde a los municipios, departamentos y distritos cubrir los gastos de los empleados.

6. Glosario Clave

Beneficiario y Proveedor

Se entiende por beneficiario la persona natural o jurídica que se beneficia directa o indirectamente de la producción de un bien o la prestación de un servicio por parte de un proveedor. Se entiende por proveedor la persona natural o jurídica que provee directa o indirectamente la producción de bienes o servicios al beneficiario, bajo su cuenta y riesgo.

<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30020300>

B

Contratista

Se entiende como la persona natural o jurídica que contrata la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios a favor de un beneficiario por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Para efectos de la responsabilidad solidaria aplicará lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30020300>

C

Empleado Público

Son las personas que de acuerdo con la naturaleza jurídica de la entidad, trabajan en los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, entre otras entidades del Estado, que tienen una vinculación legal y reglamentaria y todas sus condiciones están regladas.

<https://www.funcionpublica.gov.co/glosario>

E

Empleo de Carrera Administrativa

Es aquel que se vincula después de haber superado un concurso de méritos y un período de prueba.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=69494>

Empleos de libre nombramiento y remoción

Son aquellos que se proveen o desvinculan, en virtud de la facultad discrecional del nominador para proveer cargos de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, o cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo a los cargos enumerados en la Ley 909 de 2004 o los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado; así como los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos, los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales y los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=69494>

Empleo de período fijo

Son servidores que se vinculan a través de la elección por un período fijo determinado en la Constitución Política o en la ley.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=69494>

Empleo Provisional

Es aquel que desempeña transitoriamente un empleo clasificado de carrera sin haber accedido a un concurso de méritos.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=69494>

Empleo Público

Conjunto de deberes, atribuciones y responsabilidades establecidas por la Ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública y que deban ser atendidos por una persona natural.

<https://www.funcionpublica.gov.co/glosario>

Empleo Temporal

Estos empleos se crean para cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración. No crean una vinculación definitiva con el estado. No generan derechos de carrera administrativa. Están circunscritos exclusivamente a las labores para las que fueron creados. Vencido el plazo de duración del empleo se extingue la relación con la administración (Consejo de Estado 2012, Sala de consulta, Sentencia 11001030600020110004200 C.P: William Zambrano Cetina).

http://servicios.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_actua.asp?mindice=11001030600020110004200

Función Pública

Es el conjunto de relaciones laborales entre el Estado y sus servidores en donde las funciones desempeñadas son señaladas por la Constitución, una Ley o un reglamento. La función pública es la actividad realizada en cabeza de personas naturales en nombre del Estado, comprendiendo la determinación de reglas básicas que rigen la relación de subordinación del servidor público con el Estado, cuyo fin está encaminado al logro de los fines esenciales del mismo Estado.

<https://www.funcionpublica.gov.co/glosario>

Jornada de trabajo en el Sector Público

Se entiende como jornada de trabajo en el sector público, aquel período de tiempo establecido por autoridad competente dentro del máximo legal, durante el cual los empleados deben cumplir las funciones previamente asignadas por la Constitución, la Ley o el reglamento. Su duración dependerá de las funciones impuestas y las condiciones en que deban ejecutarse.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=105933>

F

J

M

Miembro de Corporación Pública

Son aquellos servidores que integran los cuerpos colegiados de elección directa que representan al pueblo en los niveles nacional y territorial, cuyos requisitos, funciones, inhabilidades e incompatibilidades y forma de elección se encuentra definidos en la Constitución Política, como los Congresistas, los Diputados y los Concejales.

<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>

Prepensionado

Aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/SU897-12.htm>

P

Servidor Público

Persona con una vinculación laboral al Estado, que ejerce funciones públicas, que están al servicio del Estado y de la comunidad.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/SU897-12.htm>

S

Simple intermediario

Se entiende como la persona natural o jurídica que contrata servicios de otros para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador, o quien agrupa o coordina los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales se utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador.

<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30020300>

Supernumerarios

Son auxiliares de la Administración vinculados a ella de manera temporal únicamente en casos de vacancia temporal de los empleados públicos como consecuencia de las licencias o vacaciones. Cabe anotar que estos colaboradores no pertenecen a las plantas de personal permanentes.

<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30020300>

Tercerización laboral

Se entiende como los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes.

<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30020300>

T

Tiempo de servicio u horario de trabajo

Se entiende como el periodo durante el cual el trabajador presta sus servicios y permanece a disposición del empleador, el cual debe estar de acuerdo con la naturaleza de las tareas que aquel desarrolla (Corte Constitucional, 2000. C-1063).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1063-00.htm>

Trabajadores en Misión

Se entienden como aquellos que una empresa de servicios temporales envía a las dependencias de los beneficiarios para cumplir la tarea o el servicio contratado por estas.

<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30020300>

Trabajador Oficial

Son aquellos servidores vinculados mediante un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones aplicables en materia salarial, prestacional, jornada laboral, entre otros aspectos. Los pactos y convenciones colectivas, el reglamento interno de trabajo, los laudos arbitrales, hacen parte del contrato de trabajo. Son la regla general en las empresas industriales y comerciales del Estado.

<https://www.funcionpublica.gov.co/glosario>

7. Anexo 1. Normativa

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

Constitución Política de Colombia.

<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>

LEYES

Ley 13 de 1984. Por la cual se establecen normas que regulan la administración del personal civil y demás servidores que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional y se dictan disposiciones sobre el régimen de Carrera Administrativa.

<http://suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1569563>

Ley 65 de 1993. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario.

<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1617070>

Ley 909 de 2004. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1670817>

Ley 1429 de 2010. Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1679908>

Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1680117>

Decretos

Decreto-Ley 2158 de 1948. Sobre procedimiento en los juicios del trabajo, Código Procesal del Trabajo.

<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1871227>

Decreto Ley 770 de 2005. Por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004.

<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1858520>

Decreto Ley 785 de 2005. Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.

<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1858755>

Decretos Leyes 2400 de 1968. Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30021546>

Decretos Leyes 3074 de 1968. Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 2400 de 1968.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=10478>

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.
<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1515818>

Decreto 1848 de 1969. Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1291#temas>

Decreto 1042 de 1978. Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.
<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1732444>

Decreto 2539 de 2005. Por el cual se establecen las competencias laborales generales para los empleos públicos de los distintos niveles jerárquicos de las entidades a las cuales se aplican los Decretos-Ley 770 y 785 de 2005.
<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1873469>

Decreto 1083 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.
<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019891>

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional. Sentencia C-055 de 1999, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-055-99.htm>

Consejo de Estado. Sala plena contenciosa administrativa, sección segunda, sentencia 2004-00247, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo, Gómez Aranguren.
http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_12ad0aa798380126e0530a0101510126

Consejo de Estado. Sala plena contenciosa administrativa, sección tercera, Sentencia de Unificación No. 37747 de 2014, Consejero ponente: Enrique Gil Botero.
[https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/07001-23-31-000-2008-00090-01\(37747\).htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/07001-23-31-000-2008-00090-01(37747).htm)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección segunda, sub sección B, Sentencia 00117 de 2018, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=86799>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección segunda, sub sección B, Sentencia 00020 de 2016, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=78330>

Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Segunda, Sentencia de Unificación nº 23001-23-33-000-2013-00260-01, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

[https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/23001-23-33-000-2013-00260-01\(0088-15\)ce-suj2-005-16.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)ce-suj2-005-16.htm)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda - subsección A, Sentencia 2019-01744 de 2019, Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=100635>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección B, Sentencia 5288 de 2010 Consejero Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

[http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-25-000-2000-06789-01\(5288-05\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-25-000-2000-06789-01(5288-05).pdf)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda – sala plena de conjueces, Sentencia 00041, Consejero Ponente: Carmen Anaya De Castellanos.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=100172>

Tribunal Administrativo del Meta. (2016), Sala de decisión, radicado 50001-33-33-006-2015-00632-01, magistrada: Teresa Herrera Andrade.

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/8221929/23207978/2018-00081.pdf/2993652a-221c-4b77-ae f2-c90805382a76>

OTROS

Araújo, Joan. (1997). El Consejo de Estado y los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas. Revista de Estudios Políticos, 98, 25-58.

Manrique, Alfredo. (2010). Fundamentos de la organización y del funcionamiento del Estado colombiano. Bogotá: Universidad del Rosario.

RECUERDE

A continuación se relacionan los formatos del Sistema de Gestión de Calidad que corresponden al proceso misional del que hace parte la guía

Se referenciarán los formatos de apoyo utilizados en la gestión. Se incluirán los formatos de apoyo que han sido aprobados por el Sistema de Gestión de Calidad y aquellos que se encuentren dentro de la página web de la entidad o de otras entidades del Estado

Recuerde que puede acceder a estos formatos en la página de Sistema de Gestión de calidad de la Procuraduría General de la Nación, dando click en el siguiente hipervínculo

<https://www.procuraduria.gov.co/portal/Mapa-de-procesos-component.pagepostfind>

8. ANEXO 2. FORMATOS DE APOYO MISIONAL

Los formatos que a continuación se enlistan corresponden a aquellos que integran el mapa de procesos que hace parte del Sistema de Gestión de Calidad a través del siguiente acceso:

<https://www.procuraduria.gov.co/portal/Mapa-de-procesos-component.page#postfind>:

- ✓ **Actualizaciones de la vigencia**
https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/modulo_calidad/mapa_proceso//87_PRO-DI-PI-002_V1.pdf
- ✓ **Formato control de audiencias**
https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/modulo_calidad/mapa_proceso/1386_REG-IN-JA-009%20FORMATO%20CONTROL%20AUDIENCIAS.xlsx
- ✓ **Cuadro revisión del acogimiento de conceptos emitidos en el año vs Sentencias**
https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/modulo_calidad/mapa_proceso/1387_REG-IN-JA-010%20FORMATO%20CUADRO%20REVISION%20DE%20ACOGIMIENTO%20DE%20CONCEPTOS%20EMITIDOS.xlsx
- ✓ **Reparto de conceptos de intervención a funcionarios Procuraduría Delegada ante el Consejo de Estado**
https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/modulo_calidad/mapa_proceso/1390_REG-IN-JA-013_V1.xlsx
- ✓ **Planilla de entrega de conceptos enviados al Consejo de Estado**
https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/modulo_calidad/mapa_proceso/1392_REG-IN-JA-015%20FORMATO%20PLANILLA%20ENTREGA%20CONCEPTOS%20ENVIADOS%20%20AL%20CONSEJO%20DEL%20ESTADO.xlsx
- ✓ **Formato cuadro control de vencimientos**
https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/modulo_calidad/mapa_proceso/1394_REG-IN-JA-017%20FORMATO%20CUADRO%20CONTROL%20VENCIMIENTO.xlsx
- ✓ **Formato Hoja de Ruta**
https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/modulo_calidad/mapa_proceso/1230_REG-IN-JA-006%20FORMATO%20HOJA%20DE%20RUTA.doc



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACIÓN



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación



Acreditación
Institucional de
ALTA CALIDAD

Mayor Información

Procuraduría General de la Nación

Carrera 5 No. 15-80

PBX: (571) 5878750