

Prescripción de derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre un contrato realidad, según la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado en Colombia

Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho Administrativo

Paola Andrea Cano Ramírez, Ramón Gerardo Morales Rueda  
y Sonia Elena Santamaría Mejía

Juliana Nanclares Márquez

Magister en derecho con énfasis en responsabilidad contractual, extracontractual civil y del Estado

Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín.

Maestría en Derecho Administrativo

Medellín

2017

## Contenido

Prescripción de derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre un contrato realidad, según la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado en Colombia. ....	4
Planteamiento del problema. ....	4
Planteamiento descriptivo. ....	4
Planteamiento interrogativo. ....	6
Prescripción de derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre un contrato realidad. Tratamiento doctrinario. ....	7
Declaración del contrato realidad en la Administración Pública. ....	7
Prescripción y caducidad. ....	13
Búsqueda y clasificación de las sentencias que han tratado el tema. ....	34
Nicho citacional. ....	34
Análisis jurisprudencial. ....	38
Análisis estático. ....	38
Sentencia arquimédica. ....	38
Sentencia fundadora. ....	42
Sentencias hito. ....	50
Primera sentencia hito. ....	51
Segunda sentencia hito. ....	54
Tercera sentencia hito. ....	62
Sentencias confirmadoras de línea. ....	66
Sentencias confirmadoras de la línea que entiende que no se aplica prescripción de derechos laborales antes de la sentencia que declara la existencia de la relación	

laboral. ....	67
Sentencias confirmadoras de la línea que entiende que no se aplica prescripción de derechos laborales antes de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, pero que exige que el interesado reclame sus derechos dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato. ....	85
Sentencias confirmadoras de la línea que entiende que no se aplica prescripción de derechos laborales antes de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, pero que exige que el interesado reclame sus derechos dentro de los 5 años siguientes a la terminación del último contrato. ....	101
Análisis dinámico.....	103
Conclusiones (resultados de la construcción de la línea).....	107
Bibliografía. ....	123

**Prescripción de derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre un contrato realidad, según la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado en Colombia.**

**Planteamiento del problema.**

**Planteamiento descriptivo.**

En los contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993, cuando el contratista del Estado ejecuta sus obligaciones contractuales bajo permanente subordinación, se abre paso el pago de prestaciones sociales a su favor al configurarse una relación laboral (prestación personal del servicio, permanente subordinación y contraprestación o remuneración) según lo estableció la Corte Constitucional en el año 1997 (Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997).

En esos casos la Sección Segunda del Consejo de Estado, con fundamento en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968<sup>1</sup>, venía sosteniendo que la prescripción de los derechos laborales se interrumpía a partir del reclamo formulado por el contratista, por lo que este tenía derecho al pago del equivalente a las prestaciones sociales causadas dentro de los tres años anteriores al referido reclamo. Los derechos correspondientes al tiempo anterior a los mencionados tres años eran declarados prescritos (Consejo de Estado, Sala

---

<sup>1</sup> “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.”

de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, 2007). Por ejemplo, si una persona había prestado sus servicios a una entidad pública durante seis años, desde el 1 de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2005, y el 1 de enero de 2006 solicitaba a la administración el pago de prestaciones sociales alegando el encubrimiento de una relación laboral, el juez solamente le reconocía, si demostraba los elementos de la misma, el equivalente a las prestaciones correspondientes a los años 2005, 2004 y 2003; y declaraba la prescripción en relación con los derechos laborales surgidos en los años 2002, 2001 y 2000.

Sin embargo, el Consejo de Estado a partir del 6 de marzo de 2008, cambió expresamente su jurisprudencia y afirmó que el término de prescripción establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, debe contarse desde el momento en que la sentencia a favor del contratista ordena el pago de la suma indemnizatoria, porque previo a la expedición de la sentencia que declara la primacía de la realidad laboral sobre la contractual, no existe ningún derecho a favor del contratista. En esta nueva postura el Consejo de Estado sostiene que no “resulta razonable aplicar la prescripción trienal a la indemnización que se reconoce al contratista en la sentencia” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 2008)<sup>2</sup>. Con esta interpretación, en el ejemplo planteado anteriormente, al demandante se le reconocería y ordenaría el pago de las prestaciones sociales de los seis años de servicios prestados.

---

<sup>2</sup> Posición reiterada en Consejo de Estado de Colombia (17 de abril de 2008), (19 de febrero de 2009), (4 de marzo de 2010), (17 de marzo de 2011), (4 de julio de 2013).

A pesar de lo anterior, y en pronunciamientos posteriores, el Consejo de Estado aclaró que si bien la prescripción de derechos laborales se cuenta a partir de la sentencia que declara la existencia del contrato realidad, el interesado debe reclamar ante la administración sus derechos laborales dentro de un plazo razonable que estimó en cinco años, acudiendo al término de decaimiento de los actos administrativos señalado en el artículo 66 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Lo anterior, en virtud de principios como preclusión y seguridad jurídica. Así, “concluida la relación contractual el interesado en reclamar la existencia del vínculo laboral y el pago de los derechos subyacentes al mismo, debe hacerlo dentro del plazo de los 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B, 2014) y (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 2015).

En este orden de ideas, frente a la normatividad y a las diversas posturas jurisprudenciales del Consejo de Estado surge el siguiente interrogante: ¿Cómo se debe contabilizar en Colombia el término de prescripción de los derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral?

### **Planteamiento interrogativo.**

¿A la luz de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado colombiano, cómo se debe contabilizar el término de prescripción de los derechos laborales

emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral?

**Prescripción de derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre un contrato realidad. Tratamiento doctrinario.**

**Declaración del contrato realidad en la Administración Pública.**

Entre los distintos contratos que celebra el Estado se cuenta el de prestación de servicios al que Villegas Arbeláez denomina Contrato Administrativo de Prestación de Servicios –CAPS– y lo define como “una de las formas mediante las cuales los particulares, de modo excepcional y temporal, desempeñan funciones públicas” (2005, Tomo I, p. 202).

Este tipo de contrato tiene por objeto el desarrollo de actividades de la Administración o de su funcionamiento, tal como lo describe el artículo 32 numeral 3º de la Ley 80 de 1993<sup>3</sup>. Puede ser de servicios profesionales o de apoyo a la gestión, y celebrarse con persona natural o jurídica. También puede contratarse por prestación de servicios la ejecución de trabajos artísticos por parte de personas naturales. Su naturaleza puede ser intelectual o de tipo operativo, logístico o asistencial<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> “3o. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados.

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

<sup>4</sup> Decreto 1082 de 2015:

El vínculo jurídico que surge con el contrato estatal de prestación de servicios es diferente al que nace de una relación laboral (Matallana Camacho, 2013, p. 971), pues esta última se caracteriza por su permanente subordinación y dependencia (Younes Moreno, 2013, p. 42). En armonía con lo dicho, Ramírez Poveda afirma que “los elementos del contrato laboral son tres, la prestación del servicio por una persona natural, la retribución al mismo y la continuada dependencia y subordinación” (2005, p. 130), elementos que se encuentran establecidos, en lo que al sector público concierne, en la Ley 6ª de 1945<sup>5</sup> y en su Decreto reglamentario 2127 de 1945<sup>6</sup>. Esa subordinación

---

“Artículo 2.2.1.2.1.4.9. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos.”

<sup>5</sup> “Artículo 1.- Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro mediante remuneración, y quien recibe tal servicio. No es por tanto, contrato de trabajo el que se celebra para la ejecución de una labor determinada, sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarla y sin que éstas se sujeten, a horario, reglamentos o control especial del patrono. [...]”

<sup>6</sup> “Artículo 1o. Se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia y este último a pagar a aquel cierta remuneración.

Artículo 2o. En consecuencia para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos:

- a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b. La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional,
- c. El salario como retribución del servicio.”

debe ser permanente y le permite al empleador imponer reglamentos a quien presta personalmente el servicio, impartirle órdenes y vigilar su cumplimiento<sup>7</sup>.

Por el contrario, la nota característica del contrato estatal de prestación de servicios es la independencia y autonomía (Rincón Córdoba, 2009, p. 373), las cuales le permiten al contratista cumplir las actividades contratadas con sus propios medios, sin estar “sujeto a las órdenes o instrucciones de superior alguno” (Rincón Córdoba, 2009, p. 376).

Quienes celebran contratos de prestación de servicios con la Administración Pública se rigen por las normas sobre contratación estatal y por las cláusulas del contrato; no son servidores públicos (Rodríguez, 2013, p. 590) sometidos a un régimen legal y reglamentario y, por tanto, tienen prohibido recibir pagos por concepto de prestaciones laborales, prohibición que existe desde las primeras codificaciones sobre contratos públicos en Colombia. En efecto, el Decreto 150 de 1976, por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, contemplaba que los contratos de prestación de servicios realizados con personas naturales sólo daban derecho al pago de lo expresamente pactado sin que pudiera convenirse prestaciones sociales<sup>8</sup>. Además, dicha normativa diferenciaba explícitamente entre contratos de prestación de servicios y contratos de trabajo<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Literal “b” del artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, que se acabó de transcribir.

<sup>8</sup> “Artículo 141. De la remuneración a las personas naturales. Las personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicio solo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos. En ningún caso podrá pactarse el pago de prestaciones sociales.”

<sup>9</sup> “Artículo 142. De los contratos de trabajo. Para los efectos del presente Decreto, no se consideran contratos de prestación de servicios los de trabajo.”

En el mismo sentido, y de hecho con idéntica redacción, el Decreto 222 de 1983 por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones, prohibió el pago de prestaciones sociales en contratos de prestación de servicios en su artículo 167<sup>10</sup> y distinguió esta clase de vínculo contractual del laboral en el artículo 168<sup>11</sup>. La mencionada prohibición del artículo 167 fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional en cuya sentencia C-056 de 1993 que la declaró exequible. En esta providencia la Corte sostuvo que quien se vincula con la Administración a través de un contrato de prestación de servicios no es destinatario de los principios del derecho laboral consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, porque estos no se concilian con la autonomía e independencia propias del mencionado contrato estatal; y añadió que el que ejecuta un contrato estatal de prestación de servicios no se convierte por ese solo hecho en empleado público ni en trabajador oficial. Concluyó la Corte Constitucional que la prohibición de pactar prestaciones sociales en el contrato estatal de prestación de servicios no vulnera el derecho a la igualdad en relación con el empleado público o el trabajador oficial, los cuales sí tienen ese derecho, pues ese trato diferente se justifica “por el carácter de trabajadores dependientes que exhiben los empleados públicos y trabajadores oficiales y la condición de independencia y autonomía propia del contratista” (Corte Constitucional, C-056 de 1993).

---

<sup>10</sup> “Artículo 167. De la remuneración a las personas naturales. Las personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicio solo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos. En ningún caso podrá pactarse el pago de prestaciones sociales.”

<sup>11</sup> “Artículo 168. De los contratos de trabajo. Para los efectos del presente estatuto, no se consideran contratos de prestación de servicios los de trabajo.”

Es importante mencionar que en la sentencia acabada de comentar, la Corte Constitucional, en el último párrafo antes de la parte resolutive y como un *obiter dicta*, dejó abierta la posibilidad de que por causa del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones contractuales, se desestimara el contrato estatal de prestación de servicios que en el fondo fuera un

...contrato de trabajo, en cuyo caso la contraprestación y demás derechos de la persona se regirán por las normas laborales más favorables. Postular esa contingente hipótesis –que de ocurrir conllevaría las consecuencias esbozadas– no autoriza a esta Corte a declarar la inexecutable de las normas demandadas. (Corte Constitucional, C-056 de 1993).

También vale la pena indicar que el Magistrado Ciro Angarita Barón aclaró su voto en la decisión judicial referida porque, si bien valoró la posibilidad que dejó abierta la sentencia de desvirtuar el contrato estatal de prestación de servicios cuando se ejecutara en la realidad como un contrato de trabajo, criticó que para esta hipótesis “el ponente no hubiere optado por una tónica más enfática al derecho al trabajo humano que condujera a proponer **la declaratoria de una constitucionalidad condicionada**” (Angarita Barón, 1993). (Se resaltó).

El Magistrado termina su aclaración de voto con el siguiente cuestionamiento: “Por todo lo anterior, es pertinente preguntar con sana curiosidad: ¿Por qué no se optó en esta ocasión por decretar una exequibilidad condicional, más acorde como era con las exigencias de la dignidad humana?” (Angarita Barón, 1993).

Como podrá anticiparse, la aclaración de voto del magistrado Angarita Barón parece ser el antecedente de la sentencia C-154 de 1997 que declaró la exequibilidad condicionada del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. En efecto, esta disposición reprodujo la prohibición de pago de prestaciones sociales en los contratos estatales de prestación de servicios erigida en su momento por los decretos 150 de 1976 y 222 de 1983. Así, un apartado del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece que en ningún caso tales contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales, lo cual fue declarado exequible “salvo que se acredite por parte del contratista la existencia de una relación laboral subordinada” (Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997). El fundamento de la declaración de constitucionalidad condicionada es el siguiente:

Desde luego que si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público. (Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997).

En síntesis, quien ejecuta un contrato estatal de prestación de servicios tiene independencia y autonomía en su ejecución, razón por la cual no constituye, en principio, una relación laboral subordinada que pueda generar derecho laboral alguno a favor del contratista. No obstante, a partir de la sentencia de la Corte Constitucional C-154 de 1997, se hizo posible para quienes prestan servicios al Estado a través de

contratos estatales, reclamar y obtener el pago de prestaciones sociales y derechos laborales surgidos de tales vínculos negociales si en su ejecución se presentan los tres elementos de la relación laboral mencionados, es decir, la prestación personal del servicio por el contratista, la continuada subordinación de este y la retribución económica por los servicios prestados.

La usanza es que se provoque la decisión previa de la Administración a través de solicitud que hace el contratista a la respectiva entidad pública contratante para que le reconozca y pague los derechos laborales que considera tener, y si la entidad niega lo pedido, el contratista acude a la jurisdicción en procura de que ella, en aplicación del principio de supremacía de la realidad sobre las formas contractuales establecidas, declare la existencia de la relación laboral y ordene el pago de los derechos laborales.

En el apartado siguiente se estudiará lo relacionado con la prescripción de los derechos laborales que se originan en la ejecución de contratos estatales de prestación de servicios.

### **Prescripción y caducidad.**

Si bien definir una institución jurídica es de suyo una tarea difícil, la prescripción es una de las que más obstáculos ofrece, no sólo porque admite distintas interpretaciones que de por sí generan confusión, sino porque suele semejarse a otro fenómeno conocido como caducidad. Efectivamente Ospina Fernández (2008) considera que el término

prescripción tiene distintos significados. Así, denota un modo de adquirir derechos, de extinguirlos e indica “también la caducidad de ciertas acciones que no tienen por objeto la efectividad de un específico derecho patrimonial propiamente dicho ... acepción esta que, por el efecto extintivo a que mira, se denomina *prescripción extintiva*” (p. 465), (cursiva propia del texto original).

López Blanco pone de presente que las codificaciones que se derivan del Código Civil francés emplean el vocablo prescripción en dos sentidos (2005, p. 497), como también lo ha precisado el profesor Fernando Hiestrosa (2008) quien enseñaba que, en derecho, el término prescripción tiene una doble connotación: de un lado, como medio que hace posible adquirir derechos, propiamente usucapión para evitar ambigüedades, y de otro, como modo de extinguir derechos, más exactamente prescripción o prescripción extintiva (p. 832), posición similar a la de Valencia Zea (1974) quien además aclara que los derechos personales u obligaciones no son objeto de prescripción (p.556). Los Mazeaud (1976) advierten que la prescripción no extingue los derechos sino la facultad de reclamar judicialmente su ejecución, esto es, “lo prescrito es la acción judicial, no el derecho” (p. 380) por eso, si hay prescripción extintiva existe aún una obligación que solo puede ejecutarse de manera voluntaria, una obligación natural (Mazeaud, 1976, p. 381).

La tesis de los Mazeaud parece compartirla el profesor Hernán Fabio López Blanco (2005) quien en torno a la prescripción extintiva sostiene que ella es un fenómeno que extingue el derecho de acción (hoy medio de control en el derecho administrativo), pero

no en sentido abstracto pues ese derecho es imprescriptible, sino el derecho de accionar respecto de una pretensión concreta (p. 499).

Sobre el punto, el Código Civil colombiano en su artículo 2512 define la prescripción como un modo de adquisición de las cosas ajenas –prescripción adquisitiva– y también como un modo de extinción de las acciones o derechos ajenos, por no haberse ejercido tales acciones y derechos en determinado tiempo –prescripción extintiva–; y concluye diciendo que una acción o derecho se prescribe si se extingue por prescripción<sup>12</sup>, tautología que repite en el artículo 2535 que reitera la prescripción extintiva sobre acciones y derechos ajenos por el simple paso del tiempo sin que “se hayan ejercido dichas acciones”. El artículo culmina preceptuando que el término de prescripción se cuenta “desde que la obligación se haya hecho exigible”<sup>13</sup>.

Acerca de los plazos de prescripción Valencia Zea (1974, p. 558-562) menciona los de largo tiempo contemplados en el artículo 2536 del Código Civil<sup>14</sup> y los de corto tiempo establecidos en disposiciones distintas al mencionado artículo 2536, entre ellos el plazo de prescripción de las acciones que emanan del contrato de trabajo que es de tres años

---

<sup>12</sup> “Artículo 2512. Definición de prescripción. La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción.”

<sup>13</sup> “Artículo 2535. Prescripción extintiva. La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.”

<sup>14</sup> “Artículo 2536. Prescripción de la acción ejecutiva y ordinaria. Modificado por el artículo 8° de la Ley 791 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10).

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).

Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término.”

(Valencia Zea, 1974, p. 561).

Sobre la modificación de esos plazos no hay acuerdo en la doctrina. En efecto, se dice que en Colombia las partes no pueden reducirlos ni alargarlos por tratarse la prescripción de un asunto de orden público (López Blanco, 2005, p. 505). Por el contrario, Ospina Fernández asegura que los interesados no pueden ampliarlos, pero sí reducirlos. El profesor Hinestroza condena que la Corte Suprema de Justicia no admita alterar en sentido alguno los términos de prescripción, pero anota que en otras latitudes sí es posible (2008, p. 874).

Ahora, el momento desde el cual se cuenta el término de prescripción parece claro para el profesor Hinestroza, quien afirma que es obvio que la prescripción no puede computarse desde antes del nacimiento de la acción, pero admite que la doctrina vacila entre la tesis según la cual la acción nace cuando el derecho ha sido violado, y la tesis que considera que la acción nace desde el momento en que el interesado tiene la oportunidad de hacer valer su derecho (Hinestroza, 2008, p. 845).

Arturo Valencia Zea defendía la postura de que la prescripción de las obligaciones se cuenta desde que el acreedor tiene en sus manos una acción que le haga posible exigir ante el juez el cumplimiento de la prestación, argumento que apoyaba con el inciso final del artículo 2535 del Código Civil –la prescripción se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible– pero admitía que no era suficiente el nacimiento de la acción sino que ella pudiera ser ejercida por el interesado (Valencia Zea, 1974, p. 562 y 564).

Como propósito de la prescripción, y concretamente de la prescripción extintiva, se mencionan la seguridad que representa para las relaciones de orden social (Valencia Zea, 1974, p. 557), el interés y el orden público, la adecuación de la realidad al derecho, la sanción por negligencia, la certeza de las relaciones jurídicas y “la consideración de que no es de buen recibo otorgar protección indefinida al titular de un derecho subjetivo no obstante su desentendimiento de él, cuando debió ejercitarlo conforme a los criterios y costumbres sociales” (Hinestrosa, 2008, p. 835).

Por su parte, la caducidad también ha tenido distintos significados, por ejemplo, señala López Blanco que se le asimiló a la perención, terminación de la instancia (2005, p. 509) o caducidad de la instancia (Guasp, 1961, p. 555) como una sanción para el demandante que abandonaba el proceso<sup>15</sup>. Así mismo, se usa el vocablo caducidad para referirse a la cláusula excepcional al derecho privado, propia de algunos contratos estatales<sup>16</sup>. Para López Blanco tanto la caducidad, como la prescripción, están sujetas al

<sup>15</sup> Código judicial (Ley 105 de 1931):

“Artículo 364.- Cuando el demandante abandone el juicio en la primera instancia, el Juez, si el demandado lo pide, decreta la caducidad de ésta, previo informe del Secretario. Se entiende que ha habido abandono cuando el demandante no ha hecho gestión alguna por escrito en el juicio durante un año, que se cuenta desde la notificación del último auto, o desde el día de la práctica de la última diligencia.

Ejecutoriado el auto sobre caducidad, el que puede notificarse por edicto que dura fijado cinco días, se levantan los secuestros que haya, se ordena la cancelación de las inscripciones de la demanda y de los embargos y se archiva el expediente.

La caducidad de la instancia no entraña la delación; pero no puede promoverse nuevamente esta durante dos años, contados desde la fecha de la notificación del auto en que se ha declarado la caducidad. El término de la prescripción de la acción no se estima interrumpido por la demanda inicial de la instancia que ha caducado. [...]”.

<sup>16</sup> Ley 80 de 1993:

“Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: [...]”

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto

paso del tiempo, sin embargo el término de prescripción sólo lo establece la ley, al paso que el plazo de caducidad es fijado por la ley, y en su defecto, por los interesados o el juez, “en cuyo caso se trata del fenómeno procesal de la preclusión, es decir, de la obligación de ejercer oportunamente los derechos dentro del juicio” (López Blanco, 2005, p. 509).

Azula Camacho asegura que la caducidad es un asunto netamente procesal porque afecta a la acción impidiendo que se genere el proceso (2002, p. 130). Su no operancia es considerada como un presupuesto procesal sin el cual la pretensión no puede ser estudiada de fondo, lo que no implica que el derecho sustancial perezca, tal como lo advierten Beatriz Quintero y Eugenio Prieto (2008) quienes también aclaran que la caducidad extingue el derecho de formular la pretensión sin que al mismo tiempo haga nacer el derecho en otro sujeto, se interrumpe, nunca se suspende, se puede comprobar y declarar de oficio, incluso desde los albores del proceso de manera que el juez debe rechazar la demanda si advierte la caducidad, todo ello a diferencia de la prescripción extintiva que es de naturaleza sustancial, susceptible de ser interrumpida, no puede ser declarada de oficio sino a instancia de la parte interesada y sólo en la sentencia después de haberse analizado el derecho sustancial propuesto con la pretensión (p. 436). Ya Devis Echandía desde la década de los años sesenta estimaba que la no caducidad es un presupuesto procesal de la acción (2009, p. 376).

Alvarado Velloso (2011) dice que la caducidad “técnicamente significa pérdida del

derecho por el simple transcurso del tiempo sin ejercerlo” (p. 102) y explica que cuando la codificación civil se refirió a la prescripción de la acción lo hizo en una época en la que no se tenía a la acción como autónoma del derecho sino como un elemento suyo, lo que le permite concluir al autor argentino que con la frase “prescripción de la acción” el Código Civil estaba aludiendo a la prescripción del derecho (p. 102).

El uso indistinto por parte del legislador de las expresiones caducidad y prescripción extintiva, dificulta en suma medida distinguirlas en la realidad práctica, lo cual es bastante problemático si se tiene en cuenta la caducidad puede ser declarada de oficio mientras que la prescripción no. En ese sentido López Blanco (2005, p. 515) cita como ejemplo el artículo 1954 del Código Civil que dispone que “la acción rescisoria por lesión enorme expira en cuatro años” quedando al juez intérprete establecer si el término “expira” es sinónimo de caducidad, caso en el cual podría de oficio declararla; o, por el contrario, podría interpretar el juez que el vocablo “expira” es lo mismo que prescripción extintiva, lo que le impediría declararla de oficio. Lo anterior lleva al autor citado a proponer la unificación de las nociones estudiadas.

En cualquier caso, al menos teóricamente, es posible identificar algunas diferencias entre caducidad y prescripción extintiva:

1. La caducidad puede declararse de oficio por el juez, la prescripción debe alegarse para que sea declarada<sup>17</sup>.
2. La caducidad no puede renunciarse, la prescripción sí (Castro Ruiz, 2011 p. 32).
3. La caducidad puede declararse desde el inicio de la actuación rechazando el juez la demanda, sin embargo la prescripción sólo en la sentencia después de haberse analizado el derecho sustancial propuesto con la pretensión (Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, 2008, p. 436).
4. Para el cómputo del plazo de caducidad no es necesario que la obligación sea exigible como sí sucede con la prescripción (López Blanco, 2005, p. 513).
5. Los plazos de caducidad pueden ser fijados por la ley o los interesados, los de prescripción exclusivamente por la ley (López Blanco, 2005, p. 514).

En el ámbito laboral también se ha previsto término de prescripción, aunque hay quienes consideran que esa figura extintiva no debería tener cabida en las relaciones

<sup>17</sup> Debe anotarse que en el ámbito de lo contencioso administrativo la ley expresamente le ha permitido al juez declarar de oficio excepciones de fondo, entre ellas la de prescripción. Así lo contempla la Ley 1437 de 2011:

“Artículo 187. Contenido de la sentencia. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no *reformatio in pejus*. [...]”.

En el Código Contencioso Administrativo:

“Artículo 164. En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.

Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión.

El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la *reformatio in pejus*.”

laborales por ser una “contradicción estructural” (Toledo Filho, 2014, p. 175) frente a la irrenunciabilidad de los derechos laborales, porque si la prescripción es una renuncia tácita que acaece por el abandono que el titular del derecho hace de él, y por ello pierde la acción legal para su cobro, la falta de estabilidad laboral impedirá que el trabajador arriesgue su puesto de trabajo reclamando al empleador sus derechos en el curso de su relación laboral (Toledo Filho, 2014, p. 176). En sentido similar Mora Sanmartín (2014).

Con una posición que pudiera calificarse de intermedia Bonett Ortiz (2010) aclara que el problema no es si la prescripción debe existir en el derecho laboral, sino el momento en que empieza a contarse su término, que puede ser durante la relación laboral o desde su terminación (p. 2). Si la prescripción inicia su conteo desde la terminación del vínculo laboral no habría temor por parte del extrabajador para demandar sus derechos.

En Colombia la prescripción en el derecho laboral estuvo regulada en el inciso segundo del artículo 2543 del Código Civil como una de corto tiempo referida a las acciones de los dependientes y criados<sup>18</sup>, disposición que sólo fijó un plazo de prescripción pero no el momento en que empieza a contarse. En todo caso, la Corte Constitucional mediante sentencia C-607 de 2006 aseguró que el inciso referido del Código Civil no está

---

<sup>18</sup> “Artículo 2543. Acciones que prescriben en dos años. Prescribe en dos años la acción de los mercaderes, proveedores y artesanos, por el precio de los artículos que despachan al menudeo.

La de los dependientes y criados por sus salarios.

La de toda clase de personas por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente, como posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, etc.” (Se subrayó).

produciendo efectos al haber sido sustituido por el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo<sup>19</sup>.

Y aunque la historia normativa colombiana en derecho laboral revela que en algún momento la prescripción laboral se contaba desde la terminación del vínculo laboral<sup>20</sup>, actualmente las disposiciones que regulan el tema establecen como punto de partida la exigibilidad de la obligación –que surge durante el vínculo laboral–, salvo excepciones expresamente dispuestas<sup>21</sup>. Así lo señala el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo recién citado, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social<sup>22</sup>, y en el derecho laboral administrativo 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

<sup>19</sup> “Artículo 488. Regla general. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.”

<sup>20</sup> Decreto 2350 de 1944:

“Artículo 37. El procedimiento en los asuntos del trabajo se sujetará a las siguientes reglas:

[...]

9ª El término de la prescripción extintiva de las acciones que corresponden al trabajador para el cobro de su salario y de las prestaciones sociales, será de un año, contado desde el día en que el interesado deje de ser empleado y obrero de la persona natural o jurídica a la cual haya prestado sus servicios, para los derechos surgidos con anterioridad al presente decreto, el término de la prescripción extintiva solo empezará a correr seis meses después de la promulgación del mismo.”

<sup>21</sup> Ejemplo de ello es la prescripción de las acciones de fuero sindical que según el artículo 118 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, introducido por la Ley 712 de 2001, empieza a contarse para el trabajador desde la fecha del despido:

"Artículo 118A. Prescripción. Las acciones que emanan del fuero sindical prescriben en dos (2) meses. Para el trabajador este término se contará desde la fecha de despido, traslado o desmejora. Para el empleador desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso. Durante el trámite de la reclamación administrativa de los empleados públicos y trabajadores oficiales, se suspende el término prescriptivo.

Culminado este trámite, o presentada la reclamación escrita en el caso de los trabajadores particulares, comenzará a contarse nuevamente el término de dos (2) meses."

<sup>22</sup> “Artículo 151.- Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales<sup>23</sup>; y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969<sup>24</sup> que reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

Bonett Ortiz asegura que a diferencia de “la mayoría de países de Iberoamérica como Costa Rica, Chile, España, Perú, Uruguay, Venezuela etc.” (2010, p. 4) que acogen el sistema de conteo de la prescripción laboral desde la culminación de la relación laboral, Colombia está desconociendo el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo que dispone que al culminar el contrato de trabajo debe efectuarse una ajuste final de los salarios debidos, ajuste que se hace impropio (p. 6) por el inicio del conteo de la prescripción laboral en Colombia que, como se dijo, parte desde que la obligación se hace exigible, esto es, durante la vigencia del contrato.

Y en lo respecta a los derechos laborales que surgen de una relación laboral encubierta bajo la denominación de un contrato estatal de prestación de servicios, debe decirse que como la posibilidad de obtener derechos laborales en la situación descrita surgió por vía jurisprudencial –con la sentencia C-154 de 1997–, no existe disposición jurídica que regule específicamente el término de prescripción de aquellos derechos, de ahí que le

<sup>23</sup> “Artículo 41º.- 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.” (Se resaltó)

<sup>24</sup> “Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanen 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.
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

haya correspondido a la jurisprudencia llenar ese vacío aplicando por analogía las disposiciones jurídicas que regulan de manera general ese fenómeno en la Administración Pública, es decir, el artículo 41 del decreto 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 citados atrás. Estas disposiciones fijan un término de prescripción extintiva de tres años contados desde que se hace exigible la obligación, lo cual deviene problemático en el marco del contrato realidad cubierto bajo un contrato estatal de prestación de servicios, porque sin la existencia de decisión judicial alguna que declare la relación laboral encubierta, los eventuales derechos laborales que surgen de ella no pueden ser exigidos.

Al respecto José Luis Benavides (2010) describe cómo para establecer los períodos de tiempo prescritos el Consejo de Estado partía del momento de la reclamación del contratista a la entidad pública, pero desde el año 2008 consideró que no existía prescripción porque el derecho surge con la sentencia que declara la relación laboral, es decir, con la sentencia constitutiva de ese derecho (p. 111). Benavides agrega que como el artículo 53 de la Constitución Política establece la primacía de la realidad sobre las formas

...la relación laboral existe desde el momento en que se presta el servicio de forma subordinada a cambio de una remuneración ... Por consiguiente, la sentencia de la jurisdicción no hace sino poner a la luz esta realidad, lo que debería darle carácter eminentemente declarativo y no constitutivo. La relación laboral no existe por la sentencia. Ésta declara que aquella existió desde su origen, pese a las formas equívocas que le dieron las partes” (Benavides, 2010, p. 111 y 112).

Con ese argumento Benavides edifica la tesis según la cual por lógica, dice, sí es posible que opere la prescripción de las prestaciones laborales en el marco del contrato realidad –desde antes de la sentencia judicial– pues “sería necesario aceptar que, surgido el derecho desde el nacimiento de la relación, es posible la ocurrencia de la prescripción de derechos a las prestaciones” (p. 112), pero señala que cuando el Consejo de Estado afirma lo contrario –que hay prescripción desde la sentencia– lo hace para proteger al trabajador aunque ello no obedezca “a la lógica jurídica” (Benavides, 2010, p. 112).

Sobre lo expuesto por Benavides, y sin el propósito de defender la tesis del Consejo de Estado, resulta necesario aclarar que las disposiciones legales que regulan en términos generales la prescripción extintiva en el derecho laboral administrativo –artículos 41 del decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969– fijan el inicio de su conteo desde que el respectivo derecho se ha hecho exigible, de manera que cuando el Consejo de Estado asegura que no puede haber prescripción laboral antes de la sentencia que desestima el contrato estatal de prestación de servicios, lo hace con base en los artículos citados que, como se dijo, contemplan el inicio del conteo de la prescripción desde que la obligación se ha hecho exigible, exigibilidad que jurídicamente surge con dicha sentencia porque antes de ella lo que hay es un contrato de prestación de servicios que no da derecho al pago de prestaciones sociales. Por lo anterior, el argumento del autor se edifica por fuera del contexto que rodeó el nacimiento de la interpretación que él critica.

Por otra parte, y en cuanto a la vía procesal adecuada para pretender los derechos

laborales producto del contrato realidad, Benavides se muestra en desacuerdo con que el Consejo de Estado exija que el contratista reclame a la Administración sus derechos laborales antes de acudir a la jurisdicción para provocar una decisión que después sea controlada por la vía de la nulidad y el restablecimiento del derecho. El autor propone que se ajusta más, según el ordenamiento jurídico colombiano, la reparación directa por cuanto el no reconocimiento por parte de la administración “constituye un hecho administrativo generador de perjuicios que abre la puerta de la acción de reparación directa consagrada en el cca, (sic) artículo 86” (Benavides, 2010, p. 114).

En relación con ello, y por una parte, no siempre el Consejo de Estado ha exigido la decisión previa de la administración para luego demandar su nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho, pues en sentencia de nada menos que Sala Plena de lo Contencioso Administrativo<sup>25</sup> del 18 de noviembre de 2003, con ponencia de Nicolás Pájaro Peñaranda, en el proceso radicado con el número 17001233100019990003901(IJ-0039), llegó a indicar como vía procesal adecuada la de controversias contractuales, pues el daño se le achaca al contrato de prestación de servicios. Por otra parte, ¿cómo sabe el contratista que la entidad contratante no le reconocerá los derechos laborales si ella no emite una decisión al respecto? Ello le impone al contratista provocar una decisión administrativa que en caso de ser

---

<sup>25</sup> Esta sentencia constituyó un cambio de jurisprudencia que según el numeral 6° del artículo 37 de la Ley 270 de 1996, es competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo: “Así las cosas, no habiéndose deprecado resarcimiento o indemnización, mal podría decretarse ésta por el juez administrativo, y mucho menos partir de la base, para llegar a tal consecuencia, de que el contrato celebrado constituyó un acto que encubrió una relación laboral de derecho público, pues este argumento sería más armónico con una pretensión encaminada a que se desate una controversia mediante el ejercicio de acción contractual, la cual podría servir, además, para que se condene al resarcimiento de perjuicios y para que se hagan otras declaraciones y condenas.”

desfavorable es susceptible de controlarse demandando su nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho.

Díaz Vargas (2012) se inclina a favor de la tesis según la cual antes de la sentencia que tiene por constituida la relación laboral no es posible contabilizar el término de prescripción, interpretación que, dice el autor, se encuentra en armonía con las decisiones del Consejo de Estado que reconocen el contrato realidad y ordenan reconocer y pagar las prestaciones sociales, entre ellas las cesantías y sus intereses, pero que al mismo tiempo niegan “la sanción moratoria, como quiera que tal obligación es declarada a través de la sentencia constitutiva, de modo que hasta antes de producirse la providencia era un derecho controvertido, por lo que no era exigible su pago” (p. 29).

Por la misma línea Bonett Ortiz (2010) propugna por la tesis de que antes de la sentencia que declare la relación laboral no hay prescripción y en forma enfática afirma que “así la relación jurídica haya iniciado hace 10 años no habrá prescripción de las obligaciones del empleador y correlativamente de los derechos del trabajador” (p. 5).

La postura defendida por Díaz Vargas y Bonett Ortiz presenta el inconveniente de permitir que se ejecute un contrato estatal de prestación de servicios y después, mucho después –décadas si se quiere–, el excontratista aparezca reclamando los derechos laborales que considera tener sin que pueda decirse que han prescrito porque la prescripción se cuenta desde la sentencia que declare la relación laboral –sentencia que en el caso planteado no existe–, hipótesis que choca con los propósitos de seguridad

jurídica y certeza de las relaciones jurídicas que fundamentan el fenómeno extintivo en estudio.

En lo que tiene que ver con la jurisprudencia –específicamente de la Corte Constitucional, porque la del Consejo de Estado se tratará en el capítulo siguiente–, consciente de las múltiples opciones interpretativas sobre el inicio del cómputo de la prescripción extintiva: a partir de la exigibilidad del derecho o desde de la culminación del vínculo contractual o después de la ejecutoria de la sentencia que reconoce la relación laboral; ha precisado que aunque todas ellas resulten aceptables legalmente, no todas lo son desde el punto de vista constitucional. Esto dijo la Corte Constitucional:

Por una parte, es preciso indicar que la interpretación ofrecida en las providencias demandadas interfiere, al menos de dos formas, el derecho del tutelante a acceder a la administración de justicia (229, C.P.). En primer lugar, al declarar prescrita la acción, desestimula la interposición futura de pretensiones encaminadas a obtener el reconocimiento y pago de prestaciones laborales emanadas de un contrato realidad, pues la condena a favor del demandante es relativamente insuficiente, si se la compara con el tiempo durante el cual le prestó un servicio personal y subordinado al empleador. En segundo lugar, intervino de un modo apreciable el derecho a acceder a la administración de justicia *efectiva*, entendido como el derecho a que en sede judicial se deriven todos los efectos jurídicos sustanciales del reconocimiento de un derecho establecido en la ley, pues de todos los derechos que la ley prometía garantizarle como trabajador, sólo le garantizó unos pocos. En ese sentido, el acceso a la administración de justicia es un derecho del particular de “*hacer efectivos -en sede judicial- los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en [la Constitución y las leyes]*” (art. 1º, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia).

Por otra parte, la forma de contabilizar la prescripción desprotegió el derecho del

actor a que se le concediera primacía a la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación laboral (art. 53, C.P.). El derecho fundamental de los trabajadores a que, en todo caso, se le confiera primacía a la realidad sobre las formas, también implica (i) que a los empleadores les está *prohibido* simular la relación laboral con formas no laborales, y (ii) que a los jueces de la República y a las autoridades estatales, les corresponde observar la *obligación jurídica* de hacer todo lo posible constitucionalmente, para evitar simulaciones de esa naturaleza. Las autoridades encargadas de interpretar la ley conforme a la Constitución deben, entonces, para hacer valer la supremacía de esta última, usar la ‘fuerza legítima’ de las instituciones sociales, entendida como “*toda acción destinada a hacer que una práctica indeseada les resulte más costosa a aquellos que pueden sentirse tentados a realizarla*”. En ese sentido, este principio expresivo de un derecho fundamental también se desprotege cuando se interpreta la ley en el sentido de crear un incentivo para que los empleadores contraten eludiendo la ley laboral. (Corte Constitucional, sentencia T-084 de 2010). (Cursivas propias del texto original).

Con fundamento en lo anterior la Corte Constitucional dejó sin efecto las decisiones judiciales que en el caso concreto habían declarado la prescripción, y ordenó la expedición de una nueva providencia en la que si se “ha de contar la prescripción de la acción laboral por las prestaciones laborales derivadas del contrato realidad, deberá hacerlo en alguna de las formas alternativas a la dominante” entendiéndose, desde de la culminación del vínculo contractual o después de la ejecutoria de la sentencia que reconoce la relación laboral.

En síntesis, los contratos estatales de prestación de servicios se caracterizan por la autonomía e independencia de las cuales goza el contratista, lo cual explica por qué la legislación sobre contratación estatal ha prohibido el pago de prestaciones sociales por

causa de esa clase de vínculo contractual. A pesar de ello, la Corte Constitucional dispuso que, si en su ejecución se reúnen los tres elementos de la relación laboral, dígase, prestación personal del servicio, remuneración y continuada subordinación, el contratista accedería a las prestaciones laborales que en principio la ley le negaba, siendo necesario demostrarle al respectivo juez la presencia de los tres elementos referidos. Pero por el origen jurisprudencial del derecho a prestaciones laborales en el marco de un contrato realidad, no existe disposición jurídica que regule específicamente lo referente a su prescripción extintiva, lo que ha obligado a la jurisprudencia a tomar como fundamento para ello las normas que regulan la cuestión en el ámbito propio de las relaciones cuya naturaleza laboral no se discute, es decir, de las relaciones que desde su inicio se consideran en sentido estricto laborales.

### **La caducidad en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.**

Son dos los términos que exigen el análisis de la prescripción y/o caducidad en los casos de contratos realidad surgidos en el marco de contratos estatales de prestación de servicios. El primero, referido al tiempo hasta el cual puede el contratista reclamarle a la entidad pública contratante el reconocimiento y pago de los derechos laborales que cree tener, y el segundo, consistente en el plazo con el que cuenta el contratista para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativa en procura de lograr el reconocimiento de la relación laboral. El primero, se desarrollará en el capítulo siguiente. Sobre el segundo es necesario hacer algunas precisiones.

El Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) establecía en su segunda parte el Título XI denominado “Medios de control” (artículos 83 y siguientes) en el que se contemplaban distintas acciones: acción de nulidad, acción de nulidad y restablecimiento del derecho, acción de reparación directa, acción de controversias contractuales, acción de definición de competencias administrativas, entre otras.

Ese sistema de acciones fue objeto de discusión y reforma en el proyecto que dio lugar al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). En efecto, las Subcomisiones llegaron al consenso de “establecer una sola acción contenciosa, varias pretensiones y unificar la caducidad, salvo para la nulidad simple, que no puede tener, y para la electoral, que debe ser especial y que tiene una razón de orden sociológico” (Comisión de Reforma, 2011, p. 529).

Esa postura surge de la distinción entre acción, entendida como el derecho abstracto y fundamental de acceder a la administración de justicia, y pretensión, que es lo que el ciudadano de manera concreta le pide a la administración de justicia. La acción es un vínculo entre el Estado y quien demanda, al paso que la pretensión genera una relación entre quien demanda y quien es demandado (Valle de la Hoz, 2011, p. 144).

En ese sentido, el diseño del Código Contencioso Administrativo derogado establecía diferentes acciones que, como lo comenta el Consejero Arboleda Perdomo (2011, p. 208), planteaba las siguientes dificultades procesales:

- Ante la multiplicidad de acciones, si el demandante escogía la acción equivocada la sentencia era inhibitoria.
- Por la imposibilidad de acumular acciones –a diferencia de las pretensiones que sí pueden ser acumuladas– en algunos casos debía el interesado adelantar dos procesos distintos, por ejemplo: uno de nulidad electoral y, después de declarada la nulidad, otro de reparación directa para obtener la indemnización (que no podía acumularse con la electoral) a favor de la persona elegida en los nuevos escrutinios (Arboleda, 2011, p. 208).
- Había situaciones que carecían de una acción tipificada en la ley como cuando la administración ocasiona un daño antijurídico a través de un acto administrativo lícito. En estos casos fue la jurisprudencia la que permitió acudir a la reparación directa ante la ausencia anotada (Arboleda, 2011, p. 208).
- Lo anterior provocó, dice el autor en cita, que la reparación directa, prevista para establecer la responsabilidad de un hecho de la administración, pierda su configuración pues se ha utilizado jurisprudencialmente para derivar la responsabilidad de la administración por causa de actos administrativos (Arboleda, 2011, p. 208).
- Como las acciones tenían establecidos requisitos y términos de caducidad diferentes, se presentaban situaciones en las que siendo la misma causa y finalidad propuesta, se promovían varias demandas aparentemente distintas; o casos en los que “caducada una acción, se ejercite otra, e, incluso, que se decida bajo qué jurisprudencia, qué juez y qué procedimiento es más benéfico tramitar una demanda” (Arboleda, 2011, p. 208).

La Comisión de Reforma pretendió resolver estas situaciones problemáticas eliminando las distintas “acciones” y pretendiendo establecer “la acción de lo contencioso administrativo como único mecanismo por el cual se habrían de reclamar tantas pretensiones estén autorizadas, (sic) en lo que se conocerá como **medios de control**” (negritas propias del texto) (Bastidas, 2011, p. 293). No obstante, se mantiene en el CPACA la regulación propia de lo que el Código Contencioso Administrativo trataba como acciones (Sarria, 2013, p. 305).

Aunque la Comisión de Reforma consideró adecuada la distinción entre acciones y pretensiones, hay autorizadas voces como la del ex Magistrado del Consejo de Estado Carlos Betancur Jaramillo quien estima que aquello no es más que una “vieja e inútil polémica que en el siglo pasado dividió a los procesalistas en torno a los conceptos de **acción y pretensión**” (negritas son del texto original) (Betancur, 2013, p.53); por lo que “Ha debido dejarse intacto el nombre de las acciones como acciones” (Bastidas, 2011, p. 293).

Ahora bien, el cambio de denominación de acciones por el de medios de control no implica que se hayan eliminado los términos de caducidad, pues estos siguen vigentes en el CPACA (artículo 164) y dependerán del medio de control al que se acuda, de suerte que si se encauza la pretensión por el camino de la nulidad y el restablecimiento del derecho, el término de caducidad será de cuatro meses contados desde la notificación de la decisión de la Administración o en cualquier tiempo si hubo silencio

administrativo negativo; pero si se ventila la pretensión mediante el medio de control de controversias contractuales, como en algún momento lo indicó el Consejo de Estado, el término de caducidad será, en términos generales, de dos años a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos que les sirvan de fundamento<sup>26</sup>.

A continuación se desarrollará cómo la Sección Segunda del Consejo de Estado se ha ocupado del tema.

### **Búsqueda y clasificación de las sentencias que han tratado el tema.**

#### **Nicho citacional.**

La metodología utilizada en la realización de la línea jurisprudencial está basada en la que propone el doctor Diego Eduardo López Medina (2006), que comienza con la elaboración del “nicho citacional” identificándose la sentencia más reciente –sentencia arquimédica– en torno al problema jurídico planteado. A partir de la sentencia

<sup>26</sup> Ley 1437 de 2011:

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

1. En cualquier tiempo, cuando:

[...]

d) Se dirija contra actos producto del silencio administrativo;

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

[...]

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;

[...]

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. [...]”.  
(Se resaltó).

arquimédica se efectúa lo que el autor denomina “ingeniería inversa” extrayendo de la arquimédica las sentencias citadas por la corporación judicial correspondiente sobre el problema jurídico por resolver, grupo que conforma la primera generación de sentencias. A estas se les aplica el mismo tratamiento, conformando el grupo de las sentencias de segunda generación y así sucesivamente hasta que no haya más sentencias citadas que contribuyan a la conformación de la línea.

Un análisis posterior hace posible conocer las sentencias hito y confirmadoras. Las primeras resultan de importancia en la línea en tanto se disponen a responder el problema jurídico fundando, consolidando o modificando una línea. Las segundas, es decir, las confirmadoras, se limitan a reiterar la regla jurisprudencial existente aplicándola a un caso nuevo.

En ese orden de ideas se identificó la sentencia más reciente sobre prescripción de derechos laborales surgidos de un contrato estatal de prestación de servicios en cuya ejecución se han presentado los elementos que configuran una relación laboral (arquimédica): la proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 2 de marzo de 2017, Rad. 52001-23-31-000-2010-00505-02. En relación con el problema jurídico en estudio la arquimédica solo cita la sentencia SU del 25 de agosto de 2016 Rad. 23001-23-33-000-2013-002660-01(0088-2015) constituyéndose así en la única providencia de primera generación. A partir de la sentencia de primera generación se extrajo el grupo de sentencias de segunda generación, seis para ser precisos. La aplicación subsiguiente de la misma técnica permitió extraer diez sentencias de tercera

generación, nueve de cuarta y seis de quinta, punto en el cual culmina el nicho citacional, que puede verse en la tabla siguiente:

NICHOS CITACIONAL							
Arquimédica	Primera generación	Segunda generación	Tercera generación	Cuarta Generación	Quinta generación		
Mzo. 2 de 2017 Rad. 52001-23-31-000-2010-00505-02	CE-SUJ2 ago. 25 de 2016 Rad. 23001-23-33-000-2013-002660-01(0088-2015)	Fbro. 19 de 2009 Rad. 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)	Mzo. 6 de 2008 Rad. 23001 23 31 000 2002 00244-01(2152-06) FUNDADORA	R			
			Abr. 17 de 2008 Rad. 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05)	-			
		Sep. 6 de 2013 Rad. 11001-03-15-000-2013-01662-00(AC)	Mzo. 6 de 2008 Rad. 23001 23 31 000 2002 00244-01(2152-06) FUNDADORA	R			
		Abr. 9 de 2014 Rad. 20001 23 31 000 2011 00142 01 (0131-13)	Fbro. 19 de 2009 Rad. 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)	R			
		Myo. 8 de 2014 Rad. 080012331000201202445 01(2725- 2012)	Ene. 23 de 2014 Rad. 11001-03-15-000-2013-01742-00, 11001-03-15-000-2013-01741-00 ACUMULADOS	Fbro. 19 de 2009 Rad. 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)	R		
				Oct. 22 de 2013 Rad. 11001-03-15-000-2013-01730-00, 11001-03-15-000-2013-01731-00, 11001-03-15-000-2013-01748-00 ACUMULADOS	Fbro. 19 de 2009 Rad. 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)	R	
				Sep. 6 de 2013 Rad. 11001-03-15-000-2013-01662-00(AC)	R		
				Mzo. 6 de 2008 Rad. 23001 23 31 000 2002 00244-01(2152-06) FUNDADORA	R		
				Abr. 17 de 2008 Rad. 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05)	R		
				Fbro. 19 de 2009 Rad. 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)	R		
				Nov. 11 de 2009 Rad. 680001-23-15-000-2004-02350-01(2486-08)	Fbro. 19 de 2009 Rad. 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)	R	
				Mzo. 4 de 2010 Rad. 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08)	Mzo. 6 de 2008 Rad. 23001 23 31 000 2002 00244-01(2152-06) FUNDADORA	R	
				Ene. 28 de 2010 Rad. 080012331000200301645 01 (1361-2007)	Mzo. 6 de 2008 Rad. 23001 23 31 000 2002 00244-01(2152-06) FUNDADORA	R	
					Abr. 17 de 2008 Rad. 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05)	R	
		Fbro. 19 de 2009 Rad. 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)	R				
		Dic. 2 de 2010 Rad. 150012331000200203480 01(0569-2010)	Fbro. 19 de 2009 Rad. 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)	R			
			Mzo. 6 de 2008 Rad. 23001 23 31 000 2002 00244-01(2152-06) FUNDADORA	-			
Ene. 19 de 2015 Rad. 47001-23-33-000-2012-00016-01 (3160-2013)	Abr. 9 de 2014 Rad. 20001 23 31 000 2011 00142 01 (0131-13)	R					

			Myo. 8 de 2014 Rad. 080012331000201202445 01(2725- 2012)	R		
		Mzo. 11 de 2016 Rad. 47001233300020140015601(274 4-2015)	—			

La letra ere (R) indica que la sentencia está repetida en una generación anterior o incluso en la misma generación. La raya al medio (—) indica que la sentencia no cita otras sentencias que tengan que ver con la prescripción de derechos laborales en contrato realidad. La tabla muestra que la sentencia del 6 de marzo de 2008, dictada en el proceso radicado número 23001 23 31 000 2002 00244-01(2152-06) es la más antigua. La sentencia dominante, por ser las más citada en el nicho, es la del 19 febrero de 2009 proferida en el proceso radicado número 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05).

Eliminando las sentencias repetidas, el nicho citacional queda así:

Arquimédica	Primera generación	Segunda generación	Tercera generación	Cuarta Generación
Mzo. 2 de 2017 Rad. 52001-23-31-000- 2010-00505-02	SU ago. 25 de 2016 Rad. 23001-23-33- 000-2013-002660- 01(0088-2015)	Fbro. 19 de 2009 Rad. 73001-23- 31-000-2000-03449-01(3074-05)  Sep. 6 de 2013 Rad. 11001-03- 15-000-2013-01662-00(AC)  Abr. 9 de 2014 Rad. 20001 23 31 000 2011 00142 01 (0131-13)	Mzo. 6 de 2008 Rad. 23001 23 31 000 2002 00244-01(2152-06)  Abr. 17 de 2008 Rad. 54001-23-31-000-2000- 00020-01(2776-05)	
		Myo. 8 de 2014 Rad. 080012331000201202445 01(2725- 2012)	Oct. 22 de 2013 Rad. 11001-03-15-000-2013- 01730-00, 11001-03-15- 000-2013-01731-00, 11001-03-15-000-2013- 01748-00 ACUMULADOS	
			Ene. 23 de 2014 Rad. 11001-03-15-000-2013- 01742-00, 11001-03-15- 000-2013-01741-00 ACUMULADOS	Nov. 11 de 2009 Rad. 680001- 23-15-000-2004-02350- 01(2486-08)  Mzo. 4 de 2010 Rad. 85001-23- 31-000-2003-00015-01(1413- 08)

				Ene. 28 de 2010 Rad. 080012331000200301645 01 (1361-2007)
		Ene. 19 de 2015 Rad. 47001-23- 33-000-2012-00016-01 (3160- 2013)		Dic. 2 de 2010 Rad. 150012331000200203480 01(0569-2010)
		Mzo. 11 de 2016 Rad. 47001233300020140015601(274 4-2015)		

### Análisis jurisprudencial

#### Análisis estático.

#### Sentencia arquimédica.

<b>1. Identificación de la providencia</b>	
Número	52001-23-31-000-2010-00505-02
Fecha	2 de marzo de 2017
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda
Magistrado Ponente	GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Magistrado(s) que aclara(n) el voto	NO APLICA
Magistrado (s) que salva(n) el voto	NO APLICA
<b>2. Hechos jurídicamente relevantes</b>	
<p>La demandante fue vinculada al Centro de Salud Consacá E.S.E., mediante órdenes de prestación de servicios desde abril de 2003 hasta mayo de 2007 y desde noviembre de 2007 hasta septiembre de 2008. Aseguró que el 6 de septiembre de 2008 nació su hijo y al día siguiente, en estado de maternidad fue despedida.</p>	

Alegó que ejecutó las órdenes de prestación de servicios bajo continua dependencia y subordinación. Por lo anterior solicitó mediante petición al Gerente del Centro de Salud Consacá E.S.E., que se le reconocieran, liquidaran y pagaran prestaciones sociales, derechos laborales y demás emolumentos. La entidad respondió la petición mencionada a través del oficio de 2 de julio de 2009, en el que negó el reconocimiento de las sumas solicitadas. La demandante presentó escrito el 10 de julio de 2009 mediante el cual recurrió la decisión, sin que se le haya dado respuesta.

La accionante presentó otra petición ante el Alcalde Municipal de Consacá, pidiendo que se le reconocieran, liquidaran y pagaran sus prestaciones sociales, laborales y demás emolumentos legales, por haber laborado en el Centro de Salud de Consacá E.S.E. El alcalde negó la solicitud por medio del oficio número 181 de 18 de septiembre de 2009.

### **3. Problema jurídico**

¿A la luz de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado colombiano, cómo se debe contabilizar el término de prescripción de los derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral?

### **4. Normas jurídicas relevantes para el caso**

La sentencia no cita normas jurídicas para la solución del problema de la prescripción de derechos laborales. Para decidir en torno a ese tema exclusivamente se apoyó en la sentencia de unificación CE-SUJ2 de 25 de agosto de 2016, M.P., Carmelo Perdomo Cuéter. Proceso número. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015).

### **5. Ratio Decidendi**

[E]n cada proceso en el que se reconozca el vínculo laboral se debe realizar el análisis de la prescripción en el caso concreto. [...]

Así las cosas, se evidencia que la demandante, reclamó ante la entidad demandada sus pretensiones en torno al reconocimiento del contrato laboral,

dentro del término de los tres años siguientes a la terminación de la última vinculación contractual, es decir, en el período comprendido entre el 7 de septiembre de 2008 y el 7 de septiembre de 2011, como quiera que se demostró en el párrafo anterior que su reclamo lo presentó ante la entidad accionada el 9 de junio de 2009.

Se concluye que no existe en el presente caso prescripción de las prestaciones sociales reclamadas durante el período reconocido.

...la imprescriptibilidad ... no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

#### **6. Regla Jurisprudencial**

Supuesto fáctico + consecuencia jurídica = regla establecida en la sentencia  
Si el contratista reclama ante la entidad demandada sus pretensiones en torno al reconocimiento del contrato laboral, dentro del término de los tres años siguientes a la terminación de la última vinculación contractual, no opera la prescripción. Además, la prescripción no procede respecto de aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

#### **7. Obiter Dicta**

Hasta este punto sería suficiente para la Sala el análisis para demostrar la relación laboral deprecada, sin embargo y para abundar en razones, se entrará a analizar otro aspecto sustancial que refuerza, aún más, la tesis de la Sala.

En efecto, en relación con lo manifestado por la demandante, que fue despedida por estar en estado de lactancia, se puede apreciar en el fallo apelado de 2 de mayo de 2014 proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala Cuarta de Decisión del sistema escritural, que en él no hizo alusión a este asunto. [...]

Se tiene que de acuerdo con lo anterior que ese fuero de maternidad no sólo involucra prerrogativas de índole económico sino de estabilidad laboral, situación que fue vulnerada en este caso, además de que no existió una motivación para tal despido el cual fue realizado al día siguiente de que naciera el hijo de la demandante, además de que no importa el tipo de vinculación en el que se encontrara.

Por lo anterior se puede concluir que existió una vulneración a la estabilidad reforzada de la madre gestante o en estado de lactancia.

La sentencia también aclara que los lapsos de tiempo en los que no hubo contrato, pero que fueron intermedios a aquellos en los que sí hubo vínculo contractual, no son tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento de cualquier prestación laboral surgida por el contrato realidad.

#### **8. Decisión**

Se revoca la sentencia apelada, se declara la nulidad de los actos demandados y se condena a la entidad demandada a pagar, a título de restablecimiento del derecho a favor de la demandante, el valor equivalente a las prestaciones sociales correspondientes al “período comprendido entre el primero de febrero de 2007 y el 7 de septiembre de 2008” en el que se demostró la existencia de una relación laboral. También se condenó al pago de una indemnización por maternidad y de la “diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar” al respectivo fondo de pensiones en el porcentaje que le correspondía a la entidad demandada como empleadora. Se ordenó que las condenas fueran indexadas.

#### **9. Aclaraciones de voto**

No aplica.

### **10. Salvamentos de voto**

No aplica.

### **11. Análisis jurídico**

La sentencia se limita a aplicar la regla jurisprudencial trazada en la sentencia de unificación CE-SUJ2 de 25 de agosto de 2016, en el proceso radicado con el número 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015); de suerte que dentro de la línea tiene la categoría de sentencia confirmadora.

Debe agregarse que la declaración sobre la existencia del contrato realidad no se reduce al reconocimiento y pago de prestaciones sociales como cesantías, primas y demás; sino también las indemnizaciones que por disposición legal correspondan en el caso concreto, como las que se derivan de la maternidad.

### **Sentencia fundadora.**

#### **1. Identificación de la providencia**

Número	23001 23 31 000 2002 00244-01 (2152-06)
Fecha	6 de marzo de 2008
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda
Magistrado Ponente	GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
Magistrado(s) que aclara(n) el voto	NO APLICA
Magistrado (s) que salva(n) el voto	NO APLICA

#### **2. Hechos jurídicamente relevantes**

El demandante estuvo vinculado al municipio de San Andrés de Sotavento como

docente de tiempo completo de distintas escuelas rurales, desde el 1° de febrero de 1987 hasta el 30 de diciembre de 2000 a través de contratos de prestación de servicios.

Por considerar que se encubrió su relación laboral docente mediante un contrato de prestación de servicios, el accionante solicitó el pago de prestaciones sociales y demás acreencias laborales, solicitud que fue respondida por medio de oficio de fecha 30 de enero de 2002 proferido por el alcalde del municipio demandado, por medio del cual se le negó el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales.

Por lo anterior, el profesor le pidió a la jurisdicción contencioso administrativa la nulidad de dicho oficio y, como restablecimiento de su derecho, que se ordenara el pago a su favor de salarios y prestaciones sociales. La respuesta de la demanda del municipio fue extemporánea, por ello el tribunal de primera instancia no la tuvo en cuenta y, en su sentencia, sostuvo que es improcedente la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho porque en estos casos “armoniza más” la pretensión de controversias contractuales, razón por la cual condenó al ente territorial a pagar honorarios correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre de 1999 y 15 días del año 2000, sin derecho al pago de prestaciones sociales. El demandante apeló.

### **3. Problema jurídico**

¿A la luz de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado colombiano, cómo se debe contabilizar el término de prescripción de los derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral?

### **4. Normas jurídicas relevantes para el caso**

Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

### **5. Ratio Decidendi**

La Sección Segunda del Consejo de Estado, luego de considerar que sí es posible anular y ordenar el restablecimiento del derecho en casos como el debatido, estimó necesario fijar su criterio en torno a la prescripción de los derechos laborales que se derivan del contrato realidad. Para ello indicó que entre las distintas clases de sentencia existentes se encuentra la sentencia estimatoria que a su vez puede ser declarativa, constitutiva o de condena. Concluyó que cuando se celebra un contrato de prestación de servicios pero en la actividad procesal se demuestra que la realidad contractual es otra -como una relación laboral-, la sentencia dictada constituye un derecho que antes no existía, lo cual influye en el fenómeno de la prescripción de derechos laborales establecida en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en virtud de los cuales, tales derechos prescriben en tres años contados desde que "...la respectiva obligación se haya hecho exigible..."; y como en estos casos es la sentencia judicial la que determina la existencia de la relación laboral encubierta, y constituye el derecho a favor del contratista -sentencia constitutiva-, sólo a partir de ella -de la sentencia- es exigible el derecho, y puede iniciar a contabilizarse el término de prescripción, no antes:

Así las cosas, a partir de la sentencia que constituye el derecho en cabeza del contratista, es que queda autorizado para reclamar ante las autoridades administrativas las prestaciones sociales reconocidas a título de indemnización, porque antes de la anulación, el contrato de prestación de servicios gozaba de la presunción de legalidad y el derecho a obtener el pago de las prestaciones sociales materialmente no existía.

En otros términos, para los contratistas existía un obstáculo de orden legal que no permitía exigir el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales; por ende, se puede afirmar que el derecho a devengarlas solo surge con certeza, a partir de la expedición de la sentencia.

Con lo anterior, la prescripción trienal no será aplicable en los procesos en los que se demuestre la existencia de la primacía de la realidad sobre la forma. (Énfasis agregado).

<p><b>6. Regla Jurisprudencial</b></p> <p>Supuesto fáctico + consecuencia jurídica = regla establecida en la sentencia</p> <p>En los procesos “en los que se demuestre la existencia de la primacía de la realidad sobre la forma” no es aplicable la prescripción trienal. Sólo a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral es exigible el derecho, y puede iniciar a contabilizarse el término de prescripción.</p>
<p><b>7. Obiter Dicta</b></p> <p>No aplica.</p>
<p><b>8. Decisión</b></p> <p>Se revocó la sentencia de primera instancia, se declaró la nulidad del acto demandado y, como restablecimiento del derecho, se ordenó al municipio demandado pagar al demandante el equivalente a las prestaciones sociales correspondientes a los períodos señalados en la parte motiva de la sentencia y declara “que no hay lugar a la aplicación de la prescripción trienal de los valores adeudados”.</p>
<p><b>9. Aclaraciones de voto</b></p> <p>No aplica.</p>
<p><b>10. Salvamentos de voto</b></p> <p>No aplica.</p>
<p><b>11. Análisis jurídico</b></p> <p>La sentencia bajo análisis es la que funda la línea jurisprudencial según la cual “...la prescripción trienal no será aplicable en los procesos en los que se demuestre la existencia de la primacía de la realidad sobre la forma”.</p> <p>Consecuente con ello, la última declaración de la providencia expresa que “no hay lugar a la aplicación de la prescripción trienal de los valores adeudados”. En este punto es necesario advertir que la Sección Segunda del Consejo de Estado no condicionó la regla señalada a que el contratista reclamara a la entidad pública contratante el pago de prestaciones sociales, dentro de los tres años siguientes a la terminación del contrato.</p>

Precisamente en el caso concreto el Consejo de Estado encontró demostrado que el actor estuvo vinculado mediante órdenes y contratos de prestación de servicios al municipio demandado en dos períodos de tiempo: desde enero de 1987 hasta febrero de 1994, y desde febrero de 1998 hasta marzo de 2000. Lo anterior indica que hubo un lapso de tiempo entre contratos, sin vinculación alguna, que superó los tres años de prescripción (cuatro años de interrupción para ser precisos, desde febrero de 1994 hasta febrero de 1998). En esos términos, las prestaciones sociales surgidas en el período de tiempo de vinculación inicial (de 1987 hasta 1994) estarían prescritas teniendo en cuenta que el reclamo del demandante ante el municipio contratante para que le pagaran prestaciones sociales, se presentó después del año 2000; pero en aplicación de la regla jurisprudencial creada en la sentencia bajo análisis, se ordenó el pago de tales prestaciones porque, se insiste, “...la prescripción trienal no será aplicable en los procesos en los que se demuestre la existencia de la primacía de la realidad sobre la forma”.

Resulta de importancia aclarar que antes de la sentencia analizada, que funda la regla jurisprudencial de no prescripción de derechos laborales en el contrato realidad, la posición de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el asunto era la de aplicar la prescripción trienal. Lo que sucede es que la metodología de ingeniería inversa empleada no hizo posible que en el nicho citacional se identificara pronunciamiento alguno con la postura que se inclina por la prescripción. Nótese que ni siquiera la sentencia fundadora aquí analizada, es decir, la de marzo 6 de 2008 en el proceso radicado con el número 23001 23 31 000 2002 00244-01 (2152-06), hace mención de las sentencias anteriores que declaraban la prescripción trienal.

Por lo anterior, a continuación se analizará una sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado que no figura en el nicho citacional construido, pero que corresponde a la más antigua encontrada que aplica la tesis de prescripción trienal en contrato

realidad.

<b>1. Identificación de la providencia</b> <b>(Sentencia fundadora de la tesis de prescripción)</b>	
Número	3528 (1679-98)
Fecha	10 de diciembre de 1998
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda
Magistrado Ponente	CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA
Magistrado(s) que aclara(n) el voto	NO APLICA
Magistrado (s) que salva(n) el voto	NO APLICA
<b>2. Hechos jurídicamente relevantes</b>	
<p>El actor estuvo vinculado a través de diversos contratos de prestación de servicios (y hasta órdenes verbales) como músico profesional en la Banda Departamental del Cesar de manera continua desde el 2 de enero de 1990 hasta el 12 de agosto de 1996. Sostuvo que tales contratos se desnaturalizaron porque en realidad hubo una relación laboral como consecuencia de la continuada subordinación y dependencia a la que fue sometido. El 11 de junio de 1997 solicitó al Instituto de Cultura y Turismo del Cesar el pago de prestaciones sociales e indemnización que fue negado por oficio del 22 de julio de 1997.</p>	
<b>3. Problema jurídico</b>	
<p>¿A la luz de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado colombiano, cómo se debe contabilizar el término de prescripción de los derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral?</p>	
<b>4. Normas jurídicas relevantes para el caso</b>	
<p>La sentencia no cita norma jurídica alguna como fundamento de la prescripción laboral declarada.</p>	

## 5. Ratio Decidendi

La sentencia citó textualmente la sentencia de la Corte Constitucional C-154 de 1997 –reciente para esa época– por la cual se declaró la exequibilidad del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en virtud del cual los contratos estatales de prestación de servicios no daban lugar, en ningún caso, al pago de prestaciones sociales. La exequibilidad se condicionó a que si se acredita la existencia de los tres elementos de la relación laboral en la ejecución de un contrato de prestación de servicios, se abre paso el pago de prestaciones sociales. Atendiendo la sentencia de constitucionalidad mencionada la Sección Segunda del Consejo de Estado expresó lo siguiente:

...cabe concluir que él prestó sus servicios en forma personal, bajo la continuada subordinación laboral y recibiendo una remuneración económica. Es decir, merced a la ejecución práctica del contrato de servicios, y en consonancia con el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, se configuraron los elementos esenciales de la relación laboral subordinada.

Acerca de la prescripción lo único que dice la sentencia es:

Así las cosas, no cabe duda de que para efectos de esta litis el libelista exhibe con absoluta nitidez, por asimilación, su condición de empleado público. Por ello mismo, y atendiendo al acervo probatorio recaudado, para la Sala es claro que las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar **con sujeción a la prescripción trienal**, excepto en cuanto a las cesantías, por lo cual habrá de revocarse la sentencia de primer grado. (Se resaltó).

## 6. Regla Jurisprudencial

Supuesto fáctico + consecuencia jurídica = regla establecida en la sentencia  
A los derechos laborales que se derivan de la aplicación del principio de la

<p>primacía de la realidad por la ejecución de contratos estatales de prestación de servicios que esconden una relación laboral, es aplicable la prescripción trienal que se interrumpe desde la respuesta de la entidad pública en la que se niega el pago de prestaciones sociales.</p>
<p><b>7. Obiter Dicta</b></p> <p>Dice la sentencia que siendo la entidad demandada un establecimiento público departamental, quienes en ella laboran tienen la calidad de empleados públicos, a excepción de los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas, que se denominan trabajadores oficiales. Añade que el demandante se desempeñaba como músico, es decir, que no realizaba labores de un trabajador oficial, de ahí que, "...al ser sus funciones las propias de un empleado público departamental, ineludible resulta su <u>asimilación al orden legal y reglamentario</u>". (Se subrayó).</p> <p>Se dice también en la sentencia que no se entiende como doble asignación del tesoro público lo que el demandante hubiere percibido de entidades estatales durante el tiempo que estuvo desvinculado y, por consiguiente, que no debía descontarse suma alguna por ese concepto, de las sumas que fue condenada a pagar la entidad demandada.</p>
<p><b>8. Decisión</b></p> <p>Se revocó la sentencia de primera instancia, se declaró la nulidad del acto demandado y se condenó al ente demandado a pagar al actor "...las primas, vacaciones, cesantías, intereses sobre cesantías y demás emolumentos causados desde el 22 de julio de 1994 hasta la fecha en que se satisfagan los respectivos valores; y las cesantías de todo el tiempo de servicios."</p>
<p><b>9. Aclaraciones de voto</b></p> <p>No aplica.</p>
<p><b>10. Salvamentos de voto</b></p> <p>No aplica.</p>
<p><b>11. Análisis jurídico</b></p>

Por una parte, podría decirse que esta sentencia es tal vez la primera en la que la Sección Segunda del Consejo de Estado dio aplicación a la sentencia de constitucionalidad C-154 de 1997 que abrió la posibilidad de reclamar prestaciones sociales derivadas de un contrato estatal de prestación de servicios. Recuérdese que esta sentencia de constitucionalidad es del 19 de marzo de 1997, un año y unos meses antes de la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado que aquí se analiza.

Por otro lado, si bien la Sección Segunda del Consejo de Estado aplicó la prescripción trienal, debió indicar el fundamento normativo de esa decisión, prescripción que por demás se contabilizó de manera insólita. En efecto, la condena al pago de prestaciones sociales se ordenó sobre las causadas desde el 22 de julio de 1994, o sea, exactamente tres años antes del 22 de julio de 1997, fecha en que la entidad demandada respondió al accionante que no le pagaría lo solicitado. Y se dice insólita manera de contabilización de la prescripción, porque usualmente los tres años se cuentan hacia atrás no desde que la entidad pública responde, sino desde la fecha en que el contratista le reclama a ella el pago de acreencias laborales, que para el caso concreto sucedió el 11 de junio de 1997. Esta es la manera establecida por los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

### **Sentencias hito.**

En el nicho se encuentran diferentes sentencias con peso en la construcción de la línea, así, la del 6 de marzo de 2008, dictada en el proceso radicado número 23001 23 31 000 2002 00244-01(2152-06) cuyo análisis fue realizado ya como sentencia fundadora de la tesis de imprescriptibilidad de los derechos laborales derivados de la aplicación del principio de primacía de la realidad. También figuran en el nicho citacional sentencias que se consideran hito porque introducen una subregla en la línea –como la del 6 de septiembre de 2013, proceso radicado número 11001-03-15-000-2013-01662-00(AC) y

la del 8 de mayo de 2014, proceso radicado número 080012331000201202445 01(2725-2012)–, o porque unifican distintas posturas –tal como la CE-SUJ2 de agosto 25 de 2016, proceso radicado número 23001-23-33-000-2013-002660-01(0088-2015)–. A continuación se analizarán como hito estas tres últimas sentencias aludidas:

**Primera sentencia hito.**

<b>1. Identificación de la providencia</b>	
Número	11001-03-15-000-2013-01662-00(AC)
Fecha	6 de septiembre de 2013
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda
Magistrado Ponente	ALFONSO VARGAS RINCÓN
Magistrado(s) que aclara(n) el voto	NO APLICA
Magistrado (s) que salva(n) el voto	NO APLICA
<b>2. Hechos jurídicamente relevantes</b>	
<p>La accionante aseguró haber estado vinculada desde el 15 de julio de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1994 a una institución educativa estatal por medio de contratos de prestación servicios bajo permanente subordinación y dependencia, por ello solicitó a la entidad pública el pago de prestaciones sociales. La sentencia no expresa de manera exacta la fecha de esta solicitud, pero sí es clara en sostener que tuvo lugar más de 15 años después de haber terminado el vínculo contractual.</p> <p>A través del oficio número 520 del 7 de junio de 2011 la entidad estatal negó el reconocimiento y pago de las prestaciones solicitadas. La demandante acudió a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y solicitó la nulidad del oficio y el</p>	

consecuente restablecimiento del derecho. Un juez administrativo en primera instancia accedió a tales pretensiones declarando probada la relación laboral desde el año de 1978 hasta el 31 de diciembre de 1994, y ordenando el pago a favor de la demandante de prestaciones sociales y aportes a seguridad social en salud y pensiones. La entidad accionada apeló la sentencia de primera instancia y el Tribunal Contencioso Administrativo que resolvió la segunda instancia declaró de oficio la prescripción de los derechos laborales reclamados.

La parte demandante presentó acción de tutela contra la decisión de segunda instancia arguyendo que, entre otras violaciones, se desconoció el precedente judicial del Consejo de Estado sobre imprescriptibilidad de los derechos laborales nacidos de una relación laboral encubierta bajo el manto de un contrato de prestación de servicios.

### **3. Problema jurídico**

¿A la luz de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado colombiano, cómo se debe contabilizar el término de prescripción de los derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral?

### **4. Normas jurídicas relevantes para el caso**

Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

### **5. Ratio Decidendi**

La razón de la decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado consiste en que a pesar de ser cierto que reiteradamente la jurisprudencia de esa corporación había sostenido la imprescriptibilidad de derechos laborales en las circunstancias señaladas por la accionante, esa jurisprudencia

...se ha aplicado a situaciones en que los interesados han reclamado ante la administración dentro de los 3 años siguientes a la terminación del contrato de prestación de servicios suscrito.

En esta oportunidad, la interesada sólo acudió a reclamar ante el ente

<p>demandado, como lo dijo el Tribunal en su sentencia y no es objeto de discusión en la presente acción, con anterioridad al 3 de junio de 2011, lo que equivale a más de 15 años, si se tiene en cuenta que su vínculo, según lo afirma en la demanda terminó el 31 de diciembre de 1994.</p>
<p><b>6. Regla Jurisprudencial</b></p>
<p>Supuesto fáctico + consecuencia jurídica = regla establecida en la sentencia  A los derechos laborales que se derivan de la aplicación del principio de la primacía de la realidad por la ejecución de contratos estatales de prestación de servicios que esconden una relación laboral, no es aplicable la prescripción trienal siempre que el interesado haya "...cumplido con lo establecido en el artículo 102 del decreto 1848 de 1969, es decir, ha reclamado ante la entidad, máximo dentro de los 3 años siguientes a su retiro y luego ha acudido en término ante esta jurisdicción".</p>
<p><b>7. Obiter Dicta</b></p> <p>No aplica.</p>
<p><b>8. Decisión</b></p> <p>Se niega la tutela interpuesta por la accionante.</p>
<p><b>9. Aclaraciones de voto</b></p> <p>No aplica.</p>
<p><b>10. Salvamentos de voto</b></p> <p>No aplica.</p>
<p><b>11. Análisis jurídico</b></p> <p>Se introduce una subregla a la tesis de la imprescriptibilidad de derechos laborales en el marco de los contratos estatales de prestación de servicios en los que se demuestra la existencia de una relación laboral. La subregla exige el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, que dice:</p> <p style="text-align: center;">Artículo 102. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.</p> <p>1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135</p>

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.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

El numeral 2 de la disposición citada, establece la interrupción del término de tres años de prescripción por causa del reclamo escrito del interesado, lo cual supone que dicho reclamo debe ser presentado cuando ha empezado a contar la prescripción y antes de que finalmente se presente, es decir, antes de tres años.

Aquí viene lo problemático de la subregla que se comenta: la regla jurisprudencial de imprescriptibilidad creada por la Sección Segunda del Consejo de Estado indica que la prescripción solo inicia a contarse desde la sentencia constitutiva que declara la existencia de la relación laboral, no antes, al paso que la subregla supone que la prescripción inicia a correr y puede presentarse antes de esa sentencia como efectivamente lo declaró el tribunal de segunda instancia en el caso que originó la sentencia hito que aquí se analiza.

En otros términos, el tribunal, respaldado luego por el Consejo de Estado, declaró que los derechos laborales pretendidos en la demanda estaban prescritos porque la interesada no los reclamó dentro de los tres años siguientes a la terminación del contrato de prestación de servicios –subregla–, pero la prescripción solo podía contarse a partir de la sentencia constitutiva –aún inexistente– que originaría la obligación de pagar esos derechos laborales –regla–. ¿Cómo declarar una prescripción cuyo término no ha iniciado a contarse?

**Segunda sentencia hito.**

<b>1. Identificación de la providencia</b>	
Número	080012331000201202445 01(2725- 2012)
Fecha	8 de mayo de 2014
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda
Magistrado Ponente	GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
Magistrado(s) que aclara(n) el voto	NO APLICA
Magistrado (s) que salva(n) el voto	NO APLICA
<b>2. Hechos jurídicamente relevantes</b>	
<p>El demandante afirmó haber suscrito y ejecutado contratos de prestación de servicios desde diciembre de 1994 hasta noviembre de 2001 en el Instituto de Seguro Social Seccional Atlántico. Agregó que en realidad hubo una relación laboral porque bajo subordinación prestó personalmente el servicio por el cual recibió una remuneración. Esto lo motivó a reclamarle a la entidad demandada el pago de prestaciones sociales y emolumentos laborales, mediante petición que presentó el 22 de septiembre de 2004 y que fue respondida negativamente por el Instituto de Seguro Social a través del oficio número 16296 del 8 de octubre de 2004.</p> <p>El interesado demandó de la jurisdicción la declaración de nulidad del oficio mencionado y el restablecimiento de su derecho. La primera instancia anuló el acto demandado, declaró la existencia de la relación laboral y ordenó el pago de las prestaciones y emolumentos laborales pretendidos. La entidad pública apeló la decisión.</p>	
<b>3. Problema jurídico</b>	
<p>¿A la luz de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado colombiano, cómo se debe contabilizar el término de prescripción de los derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre</p>	

una relación laboral?

#### **4. Normas jurídicas relevantes para el caso**

Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

Artículo 66 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

#### **5. Ratio Decidendi**

La Sección Segunda del Consejo de Estado explica sobre el particular lo siguiente:

No obstante, el hecho de que la Sentencia en este tipo de asuntos tenga carácter constitutivo y que el término de prescripción de los derechos derivados de la relación laboral comience a contarse a partir del fallo que declara la existencia del contrato realidad; no faculta al interesado para radicar la petición ante la administración en cualquier tiempo, pues debe reclamar sus derechos en un plazo razonable.

Para determinar ese plazo razonable la Sección Segunda del Consejo de Estado recurrió al “artículo 66 del C. C. A., que regula la figura del decaimiento administrativo en los siguientes términos:

Artículo 66. PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

[...]

3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos. [...].”

Con base en ello, el Consejo de Estado advirtió que si el ordenamiento fijó el término de 5 años para que la administración pública promueva las diligencias

orientadas a ejecutar sus actos, resulta razonable ese mismo plazo para "...que el interesado reclame los derechos derivados del vínculo laboral si se tiene en cuenta que la terminación del último contrato de prestación de servicios puede asimilarse, <i>mutatis mutandi</i> , al acto de retiro."
<b>6. Regla Jurisprudencial</b>
Supuesto fáctico + consecuencia jurídica = regla establecida en la sentencia ...antes de la Sentencia que declara la existencia del contrato realidad no puede hablarse de prescripción, pues ésta última se computa a partir de la exigibilidad del derecho. [...] Empero, [...] concluida la relación contractual el interesado en reclamar la existencia del vínculo laboral y el pago de los derechos subyacentes al mismo, debe hacerlo dentro del plazo de los 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato.
<b>7. Obiter Dicta</b>
No aplica.
<b>8. Decisión</b>
Se confirmó la sentencia que accedió a las pretensiones de la demanda.
<b>9. Aclaraciones de voto</b>
No aplica.
<b>10. Salvamentos de voto</b>
No aplica.
<b>11. Análisis jurídico</b>
Se advierte que el Consejo de Estado confunde el decaimiento de los actos administrativos con la pérdida de fuerza ejecutoria de los mismos. Ello por cuanto el decaimiento consiste en que los fundamentos de hecho o de derecho del acto desaparecen –por ejemplo, la declaración de inexecutable de una disposición legal que sirvió de fundamento al acto– (Corte Constitucional, sentencia C-069 de 1995); mientras que la pérdida de fuerza ejecutoria es un género del que forman parte el decaimiento y otras causales, entre las que se cuenta la inacción de la administración para ejecutar el acto administrativo en el término de cinco años

contados desde su firmeza.

Por otra parte, la sentencia introduce una subregla a la tesis de la imprescriptibilidad de derechos laborales en el marco de los contratos estatales de prestación de servicios en los que se demuestra la existencia de una relación laboral. En esta subregla el Consejo de Estado exige que el contratista reclame a la entidad pública contratante el pago de los derechos laborales dentro de un término razonable que para su determinación hace a un lado los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 que otrora había aplicado, y se apoya en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo de 1984.

De igual manera, tal como se indicó en el análisis jurídico de la sentencia hito anterior –la del 6 de septiembre de 2013 proferida en el proceso radicado número 11001-03-15-000-2013-01662-00(AC)–; exigir al contratista que reclame sus derechos laborales dentro de un término contado desde la terminación del contrato so pena de que ellos prescriban, resulta contradictorio con la regla de imprescriptibilidad. De hecho, nótese que al describir la subregla de los cinco años, el Consejo de Estado dice textualmente que “...antes de la Sentencia que declara la existencia del contrato realidad **no puede hablarse de prescripción**” pero, en todo caso, y para que no haya prescripción, pide que sean reclamados los derechos laborales en un término que se extiende desde la terminación del último contrato hasta 5 años –es decir, antes de la sentencia que declara la relación laboral–.

Pero hay más: el mismo día que se dictó esta sentencia, la Sección Segunda expidió otra con efectos diferentes que, aun cuando no figura en el nicho citacional, se analizará a continuación porque resulta de interés para mostrar los giros jurisprudenciales sobre el tema:

<b>1. Identificación de la providencia</b>	
Número	25000-23-25-000-2008-00919-01(0480-12)
Fecha	8 de mayo de 2014
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda
Magistrado Ponente	GERARDO ARENAS MONSALVE
Magistrado(s) que aclara(n) el voto	NO APLICA
Magistrado (s) que salva(n) el voto	NO APLICA
<b>2. Hechos jurídicamente relevantes</b>	
<p>El demandante afirmó haber prestado servicios personales como escolta en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS a partir de junio de 2003 hasta septiembre de 2006 mediante órdenes de trabajo en forma continua y bajo subordinación y dependencia. Solicitó el 08 de febrero de 2007 al Director General del DAS el reconocimiento de una relación laboral con todas las consecuencias de carácter legal y económico. Esta petición fue respondida negativamente por medio del oficio SEGE-STAH-GAPE-PS 43076 de 22 de febrero de 2007.</p> <p>El interesado demandó de la jurisdicción la declaración de nulidad del oficio mencionado y el restablecimiento de su derecho. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que resolvió la primera instancia, accedió a las pretensiones de la demanda. La entidad pública apeló la decisión.</p>	
<b>3. Problema jurídico</b>	
¿A la luz de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado colombiano, cómo se debe contabilizar el término de prescripción de los derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral?	
<b>4. Normas jurídicas relevantes para el caso</b>	
El Consejo de Estado no citó disposiciones jurídicas relacionadas con el fenómeno	

de la prescripción. Solo refirió la sentencia del 6 de marzo de 2008, expedida en el proceso radicado con el número 23001-23-31-000-2002-00244-01(2152-06), analizada en este trabajo como sentencia fundadora.

### **5. Ratio Decidendi**

La Sección Segunda del Consejo de Estado explica sobre el particular lo siguiente:

Esta Sección se ha pronunciado para sostener que tratándose de una sentencia de carácter constitutivo como la presente, el derecho surge a partir de la misma y por ende, la morosidad empieza a contarse desde su ejecutoria, de suerte que, no hay lugar a sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama.

Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.

Así las cosas, habiéndose precisado que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacia el futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae al reconocimiento de una situación anterior no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia.

### **6. Regla Jurisprudencial**

Supuesto fáctico + consecuencia jurídica = regla establecida en la sentencia

“...tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la de la

<p>sentencia” que declara esa relación laboral, con cuya ejecutoria inicia a contabilizarse el término de 3 años de prescripción de los derechos laborales.</p>
<p><b>7. Obiter Dicta</b></p> <p>No aplica.</p>
<p><b>8. Decisión</b></p> <p>Se confirmó la sentencia</p> <p>...impugnada en razón a que aparecen debidamente probados los elementos integrantes de la relación laboral, no obstante, será modificada en lo atinente al restablecimiento del derecho, en el sentido de disponer que el pago ordenado, se efectúe a título de reparación del daño, con base en los valores pactados dentro de los diferentes contratos de prestación de servicios y por el tiempo de duración de los mismos, así como los porcentajes de cotización correspondientes a salud y a pensiones que la entidad demandada debió trasladar a las entidades correspondientes, puesto que dichos pagos son consecuencia del vínculo laboral que existió entre las partes.</p>
<p><b>9. Aclaraciones de voto</b></p> <p>No aplica.</p>
<p><b>10. Salvamentos de voto</b></p> <p>No aplica.</p>
<p><b>11. Análisis jurídico</b></p> <p>Como se anunció previamente, el Consejo de Estado expidió en un día dos sentencias contradictorias. Efectivamente el 8 de mayo de 2014, en el proceso con radicado número 080012331000201202445 01(2725- 2012), afirmó que antes de la sentencia que establece la primacía de la realidad no puede hablarse de prescripción, ya que esta se contabiliza a partir de la exigibilidad del derecho que surge de la susodicha sentencia; sin embargo, el interesado <u>debe</u> reclamar sus derechos en un plazo razonable de 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato. Pero el mismo 8 de mayo de 2014, en el proceso con radicado número 25000-23-25-000-2008-00919-01(0480-12) aseguró que los derechos que</p>

puedan surgir en casos de primacía de la realidad “...no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria...” momento desde el cual se cuentan los 3 años de prescripción; pero en esta sentencia no reclamó que el interesado debía pedir a la respectiva entidad pública derecho alguno en un término razonable de 5 años.

Lo más insólito es que las dos sentencias que se están comentando fueron expedidas por los mismos magistrados: Gerardo Arenas Monsalve, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y Bertha Lucía Ramírez De Páez.

### **Tercera sentencia hito.**

<b>1. Identificación de la providencia</b>	
Número	23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16 (SENTENCIA DE UNIFICACIÓN)
Fecha	25 de agosto de 2016
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda
Magistrado Ponente	CARMELO PERDOMO CUÉTER
Magistrado(s) que aclara(n) el voto	NO APLICA
Magistrado (s) que salva(n) el voto	NO APLICA
<b>2. Hechos jurídicamente relevantes</b>	
El demandante afirmó haber suscrito y ejecutado contratos de prestación de servicios desde julio de 1986 hasta diciembre de 1997 –con algunas interrupciones– como maestra en el municipio de Ciénaga de Oro. Consideró que	

hubo una relación laboral y por ello solicitó a dicha entidad territorial el pago de prestaciones sociales el 16 de octubre de 2012. El municipio accionado negó lo reclamado por medio de la resolución 514 del 6 de noviembre de 2012, confirmada por la resolución 475 del 17 de diciembre del mismo año.

La profesora interesada demandó la nulidad de las resoluciones mencionadas y el restablecimiento de sus derechos. El Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba denegó las pretensiones de la demanda porque consideró que los derechos laborales habían prescrito dado que la demandante los reclamó el 16 de octubre de 2012, esto es, más de 3 años después de culminado el último contrato. La parte actora apeló esa decisión.

### **3. Problema jurídico**

¿A la luz de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado colombiano, cómo se debe contabilizar el término de prescripción de los derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral?

### **4. Normas jurídicas relevantes para el caso**

Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

Artículo 12, numeral 2, del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo.

Ley 54 de 1962.

### **5. Ratio Decidendi**

El fundamento normativo del término de prescripción en asuntos como el debatido (contrato realidad) lo constituyen los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos y fijan dicho término en 3 años, el cual es aplicable cuando se reclama el reconocimiento de prestaciones sociales producto de contratos estatales de prestación de servicios que ocultan una relación laboral, se está pidiendo aquello a lo cual "...se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura

del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.”

El Consejo de Estado agrega lo siguiente:

Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social. (Se subrayó).

## **6. Regla Jurisprudencial**

Supuesto fáctico + consecuencia jurídica = regla establecida en la sentencia

Esta sentencia de unificación fijó varias reglas jurisprudenciales:

Quien pretenda el reconocimiento de una relación laboral con el Estado nacida de la ejecución de un contrato de prestación de servicios, debe reclamar a la respectiva entidad pública sus derechos dentro de los tres años siguientes a la terminación del vínculo contractual. Si la reclamación se presenta por fuera de ese término “...se extingue el derecho a solicitar las prestaciones...”.

En los casos en los que se celebren varios contratos de prestación de servicios separados por lapsos de tiempo, "...frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización."

Ni la prescripción de derechos laborales ni la caducidad del medio de control son aplicables en relación con los aportes a pensión derivados del contrato realidad.

No es exigible la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho por la irrenunciabilidad del derecho a obtener una pensión.

Así no lo solicite el demandante, el juez contencioso administrativo tiene el deber de analizar en todas las demandas sobre contrato realidad el tema de los aportes a seguridad social en pensiones.

El ingreso sobre el cual deben ser calculadas las prestaciones por pagar, es el monto de los honorarios pactados en el contrato.

#### **7. Obiter Dicta**

No aplica.

#### **8. Decisión**

Se revocó el fallo de primera instancia, se decretó la nulidad de los actos administrativos demandados en tanto negaron la existencia de la relación laboral, se condenó al municipio demandado al realizar los aportes faltantes al sistema de seguridad social en pensión en el porcentaje que como empleador le correspondía "...si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar"; se declaró que el tiempo laborado por la demandante como maestra en la ejecución de los contratos de prestación de servicios, se tuviera en cuenta para efectos pensionales, y se negó el pago de cesantías, primas, vacaciones y demás prestaciones por el fenómeno de la prescripción trienal.

<b>9. Aclaraciones de voto</b>
No aplica.
<b>10. Salvamentos de voto</b>
No aplica.
<b>11. Análisis jurídico</b>
<p>Es positivo que la Sección Segunda del Consejo de Estado haya aclarado y unificado posturas contradictorias como el término dentro del cual debe el contratista-trabajador solicitar a la administración el pago de sus derechos laborales, pues había dos tesis: una que señalaba 3 años y otra que fijaba 5.</p> <p>También es positivo, al menos para el contratista, el que se haya determinado que, si bien opera la prescripción de prestaciones laborales, ella no tiene cabida cuando de derechos pensionales se trata y que, además, se establezca que el juez administrativo está llamado a pronunciarse de oficio aun cuando el interesado no haya deprecado pretensión en tal sentido.</p> <p>No obstante, parece contradictorio que se afirme que el contratista convertido en trabajador por cuenta de la primacía de la realidad no se asimila a los servidores públicos, pero que al mismo tiempo se sostenga que el fundamento normativo de la prescripción de derechos laborales en el ámbito del contrato realidad sean las disposiciones que regulan el régimen prestacional de los servidores públicos.</p>
<b>Sentencias confirmadoras de línea.</b>
<p>En el nicho citacional fueron encontradas tres líneas jurisprudenciales: la que entiende que no se aplica prescripción de derechos laborales antes de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; la que sostiene lo anterior, pero con la aclaración según la cual, hay lugar a declarar la prescripción si el interesado no reclama sus derechos</p>

dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato; y la línea que defiende la tesis inmediatamente anterior pero que cambia los 3 años por 5.

En ese orden de ideas se analizarán sentencias confirmadoras de cada una de ellas.

**Sentencias confirmadoras de la línea que entiende que no se aplica  
prescripción de derechos laborales antes de la sentencia que declara la existencia  
de la relación laboral.**

<b>1. Identificación de la providencia</b>	
Número	54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05)
Fecha	17 de abril de 2008
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda
Magistrado Ponente	JAIME MORENO GARCÍA
Magistrado(s) que aclara(n) el voto	NO APLICA
Magistrado (s) que salva(n) el voto	NO APLICA
<b>2. Hechos jurídicamente relevantes</b>	
El demandante laboró en el Instituto Financiero para el Desarrollo del Norte de Santander - IFINORTE desde el 10 de abril de 1995 hasta el 6 de abril de 1997 por medio de varios contratos de prestación de servicios. La última de las distintas reclamaciones que elevó a la entidad demandada para que le fueran pagadas prestaciones sociales que consideró le eran debidas por haberse configurado en realidad una relación laboral, fue del 9 de agosto de 1999 resuelta desfavorablemente por oficio del 24 de agosto de 1999. En sede judicial pidió la	

<p>nulidad de ese oficio y, para restablecer su derecho, que se ordenara el pago de las prestaciones laborales cuyo derecho afirmó tener. IFINORTE contestó la demanda alegando “caducidad, por cuanto las indemnizaciones reclamadas y los hechos materia de la demanda ocurrieron hace más de tres años”. La primera instancia denegó las pretensiones de la demanda por “no acreditarse las censuras impetradas contra el acto acusado”. El demandante apeló la decisión.</p>
<p><b>3. Problema jurídico</b></p>
<p>¿A la luz de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado colombiano, cómo se debe contabilizar el término de prescripción de los derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral?</p>
<p><b>4. Normas jurídicas relevantes para el caso</b></p>
<p>El Consejo de Estado no citó ninguna disposición jurídica sobre la prescripción laboral.</p>
<p><b>5. Ratio Decidendi</b></p>
<p>No operó la prescripción porque se trata de una sentencia constitutiva cuyos derechos surgen a partir de ella.</p>
<p><b>6. Regla Jurisprudencial</b></p>
<p>Supuesto fáctico + consecuencia jurídica = regla establecida en la sentencia</p> <p>En los procesos sobre la existencia de la primacía de la realidad en la ejecución de contratos estatales de prestación de servicios, no es aplicable la prescripción “...ya que se trata de una sentencia constitutiva, en la medida en que el derecho surge a partir de ella.”</p>
<p><b>7. Obiter Dicta</b></p> <p>No aplica.</p>
<p><b>8. Decisión</b></p>
<p>Se revocó el fallo de primera instancia, se decretó la nulidad del acto demandado, se ordenó a la entidad accionada reconocer y pagar al actor las prestaciones</p>

sociales de los períodos en los que se demostró la relación laboral. Se ordenó también computar el tiempo laborado para efectos pensionales y realizar las cotizaciones correspondientes a seguridad social en pensiones.

### 9. Aclaraciones de voto

No aplica.

### 10. Salvamentos de voto

No aplica.

### 11. Análisis jurídico

Con esta sentencia se advierte que desde el nacimiento de la línea que sostiene la imprescriptibilidad de derechos laborales, se planteó también la imprescriptibilidad de los derechos pensionales y asimismo que ellos “...no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación. No es, por tanto, una decisión *extra-petita*, pues como quedó dicho, son derechos inherentes a la relación laboral.”

## 1. Identificación de la providencia

Número	73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)
Fecha	19 de febrero de 2009
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda
Magistrado Ponente	BERTHA LUCÍA RAMIREZ DE PAEZ
Magistrado(s) que aclara(n) el voto	NO APLICA
Magistrado (s) que salva(n) el voto	NO APLICA

## 2. Hechos jurídicamente relevantes

La accionante estuvo vinculada al Instituto de Seguros Sociales por medio de distintos contratos de prestación de servicios desde junio de 1995 hasta de mayo de

2000. Solicitó a dicha entidad el pago de prestaciones sociales por haber ejecutado los contratos de prestación de servicios sin autonomía y bajo subordinación y dependencia. El Instituto negó el pago pedido por medio de oficio del 18 de septiembre de 2000. En sede judicial la demandante pretendió la nulidad de dicho acto y el pago de acreencias laborales como restablecimiento del derecho. La primera instancia denegó las pretensiones de la demanda porque, según el tribunal, las labores desempeñadas se cumplieron en coordinación con la contratista sin que se hubiese demostrado los elementos de una relación laboral. El demandante apeló la decisión.

### **3. Problema jurídico**

¿A la luz de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado colombiano, cómo se debe contabilizar el término de prescripción de los derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral?

### **4. Normas jurídicas relevantes para el caso**

Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.  
Artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

### **5. Ratio Decidendi**

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.

<p><b>6. Regla Jurisprudencial</b></p> <p>Supuesto fáctico + consecuencia jurídica = regla establecida en la sentencia</p> <p>La prescripción trienal inicia a contarse desde "...que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, [pues] es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral". Antes de la susodicha sentencia "...no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia, tesis que la Sala en esta oportunidad acoge en su integridad."</p>
<p><b>7. Obiter Dicta</b></p> <p>No aplica.</p>
<p><b>8. Decisión</b></p> <p>Se revocó el fallo de primera instancia, se decretó la nulidad del acto demandado, se ordenó a la entidad accionada reconocer y pagar a la actora las prestaciones sociales, los porcentajes de cotización a salud y pensión, computar el tiempo laborado para efectos pensionales y pagar las cotizaciones correspondientes a la Caja de Compensación Familiar.</p>
<p><b>9. Aclaraciones de voto</b></p> <p>No aplica.</p>
<p><b>10. Salvamentos de voto</b></p> <p>No aplica.</p>
<p><b>11. Análisis jurídico</b></p> <p>Es bastante dicente la sentencia frente al reclamo del contratista a la entidad contratante como medio para interrumpir la prescripción de derechos laborales. Ciertamente los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, establecen que con el reclamo escrito del empleado al empleador se interrumpe la prescripción trienal que comienza desde que el derecho se ha hecho exigible. Sin embargo, el Consejo de Estado juzgó que en los casos de contrato realidad frente a contratos de prestación de servicios "...no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho" ya que no hay fundamento para</p>

exigir prestaciones laborales ante la existencia de un contrato de prestación de servicios. Ese fundamento surge con la decisión judicial que desvirtúa el vínculo contractual aparente y, por tanto, es a partir de ella que se contaría el plazo prescriptivo:

...previo a la expedición de la sentencia que declara la primacía de la realidad laboral sobre la contractual, no existe ningún derecho a favor del contratista de prestación de servicios emanado de un vínculo laboral, con lo que resulta, **que es imposible que se pueda predicar la prescripción de un derecho que no ha nacido a la vida jurídica.** (Énfasis agregado).

Por otra parte, en esta sentencia se sostuvo que, contrario a lo que se había afirmado hasta ese momento, quien demuestre la existencia de una relación laboral encubierta bajo un contrato de prestación de servicios, no solo tiene derecho a prestaciones sociales como cesantías y primas, sino que también, por disposición del principio de reparación integral consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, tiene derecho al pago de riesgos profesionales, subsidio familiar, salud y pensión.

### 1. Identificación de la providencia

Número	680001-23-15-000-2004-02350-01(2486-08)
Fecha	11 de noviembre de 2009
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda
Magistrado Ponente	BERTHA LUCÍA RAMIREZ DE PAEZ
Magistrado(s) que aclara(n) el voto	NO APLICA
Magistrado (s) que salva(n) el voto	NO APLICA

## **2. Hechos jurídicamente relevantes**

La accionante estuvo vinculada al municipio de Concepción desde febrero de 1997 hasta junio de 2002 –con algunos intervalos– por medio de distintas órdenes de prestación de servicios, desempeñándose como docente. Aseguró que con las órdenes de prestación de servicios se disfrazó una “...relación de carácter permanente, subordinada y remunerada”.

Reclamó al municipio el pago de derechos salariales y prestaciones sociales –la sentencia no revela cuándo– que fue negado por la entidad territorial según oficio del 19 de abril de 2004.

En sede judicial la demandante pretendió la nulidad de dicho acto y el pago de acreencias laborales como restablecimiento del derecho. La primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda porque encontró demostrados “...los elementos de subordinación, prestación personal del servicio, remuneración y permanencia, probándose que en realidad existió una relación laboral docente.” Respetó la tesis de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre inexistencia de prescripción laboral porque, dijo el tribunal, en estos casos la sentencia es constitutiva del derecho.

El Ministerio Público apeló la decisión para que se revocara parcialmente la sentencia porque entre las órdenes de prestación de servicios ejecutadas por la demandante hubo interrupciones que superaron los 15 días, de suerte que no hubo solución de continuidad ni un solo contrato, y siendo así, a su juicio, la actora debió presentar tantas demandas como tantos contratos para evitar la prescripción trienal.

## **3. Problema jurídico**

¿A la luz de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado colombiano, cómo se debe contabilizar el término de prescripción de los derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral?

<p><b>4. Normas jurídicas relevantes para el caso</b></p>
<p>Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.</p>
<p>Artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.</p>
<p><b>5. Ratio Decidendi</b></p>
<p>Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.</p> <p>En cuanto a las interrupciones entre las órdenes de prestación de servicios el Consejo de Estado expresó lo siguiente:</p> <p>Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico establece condicionamientos para reconocer la existencia de algunos derechos laborales, siendo uno de estos la ausencia de solución de continuidad entendida como aquella interrupción del servicio por más de 15 días hábiles (Vr. Gr. artículo 10 del Decreto 1045 de 1978), se advierte, que las preceptivas que establecen tales períodos regulan las vinculaciones de carácter legal y reglamentario, siendo inaplicables a las súplicas de la presente demanda por tratarse de un funcionario de hecho. [...]</p> <p>Si bien debe aceptarse que durante la prestación del servicio se presentaron interrupciones de 1 mes y 20 días; 1 mes y 26 días, 3 meses y 13 días, 17 días, 1 día, 2 días y 1 mes y 21 días, tal situación lo que evidencia es la irregularidad de la Administración al mantener a un contratista prestando labores permanentes y ordinarias al servicio de la Función Pública debiéndose en consecuencia reparar el daño de la conducta antijurídica, al ser imposible retrotraer la situación al estado anterior, derivada de la entidad demandada cuya liquidación incluirá para efectos prácticos la sumatoria de los extremos laborales incluyendo las interrupciones pero</p>

descontadas del total de las condenas.

Para la Sala queda claro que si el contrato realidad tiende a equiparar al Docente contratista con el Docente de Planta, es apenas lógico que si este último devenga sus prestaciones sociales durante todo el año sin solución de continuidad, igual derecho tiene la actora quien quedó cesante durante las interrupciones contractuales aunque descontadas de las condenas, siempre y cuando sean razonables e indiquen que durante la terminación de una orden de servicio y el inicio de la siguiente transcurrió el tiempo necesario para proveer la asignación presupuestal; o bien las vacaciones o el receso escolar, tal como lo evidencia el *sub-exánime*.

En consecuencia, como el término de prescripción es improcedente en tratándose de sentencias constitutivas y en vista de la razonabilidad entre los extremos contractuales de la demandante con la Administración Municipal, no queda duda que la sentencia apelada amerita ser confirmada. (El texto subrayado es propio de la sentencia).

#### **6. Regla Jurisprudencial**

Supuesto fáctico + consecuencia jurídica = regla establecida en la sentencia

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Si entre contratos hay interrupciones razonables (las necesarias para asignar el presupuesto, o por vacaciones, por ejemplo) no hay solución de continuidad, pero se descuentan de la condena.

#### **7. Obiter Dicta**

No aplica.

<b>8. Decisión</b>
Se confirmó la sentencia de primera instancia.
<b>9. Aclaraciones de voto</b>
No aplica.
<b>10. Salvamentos de voto</b>
No aplica.
<b>11. Análisis jurídico</b>
<p>En torno a la improcedencia de la prescripción en procesos en los que se discute la existencia del contrato realidad, el análisis es idéntico al efectuado en la sentencia anterior confirmadora de línea –dictada el 19 de febrero de 2009 en el expediente radicado número 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)– pues, ciertamente, los capítulos de esa sentencia y la que ahora se analiza, denominados “DE LA PRESCRIPCIÓN”, son idénticos, una transcripción textual.</p> <p>En lo que concierne a los intervalos de tiempo carentes de vínculo contractual entre contratos, parece contradictorio que se sostenga que no hay solución de continuidad pero que ese tiempo deba ser descontado de la condena. Tendría un poco más de sentido bajo la tesis que exige reclamar los derechos laborales dentro de los 3 años siguientes a la culminación del último contrato, en cuyo caso, la no existencia de solución de continuidad, a pesar de las interrupciones en medio de los contratos, permitiría que si llegase a reclamarse los derechos laborales dentro del término indicado no habría lugar a la prescripción de los derechos nacidos en contratos ejecutados por fuera de ese espacio de tiempo. De esa forma, una persona que haya estado contratada, por ejemplo, entre enero de 2000 y diciembre de 2009 por sucesivos contratos con interrupciones “razonables” –como lo dice la sentencia–, podría reclamar sus derechos laborales hasta diciembre de 2012 y, si llegase a demostrar la existencia de una relación laboral, no podría declararse la prescripción respecto de ninguno de los contratos ejecutados en todo el tiempo de servicio.</p>

Por último, luce también contradictorio que la Sección Segunda del Consejo de Estado asegure que las disposiciones jurídicas sobre solución de continuidad de los vínculos legales y reglamentarios –como el artículo 10 del Decreto 1045 de 1978–<sup>27</sup> no sean aplicables “...a las súplicas de la presente demanda por tratarse de un funcionario de hecho”, pero que sí aplique otras disposiciones que regulan esos mismos vínculos legales y reglamentarios como los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 que contienen disposiciones sobre prescripción de derechos laborales.

### 1. Identificación de la providencia

Número	080012331000200301645 01(1361-2007)
Fecha	28 de enero de 2010
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda
Magistrado Ponente	BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
Magistrado(s) que aclara(n) el voto	NO APLICA
Magistrado (s) que salva(n) el voto	NO APLICA

### 2. Hechos jurídicamente relevantes

La demandante manifestó haber estado vinculada al distrito de Barranquilla desde febrero de 1998 hasta noviembre de 2000 por orden verbal del alcalde. Prestó sus servicios de manera subordinada y recibió una contraprestación por lo que existió

<sup>27</sup> Decreto 1045 de 1978 “por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”:  
 “Artículo 10º.- Del tiempo de servicios para adquirir el derecho a vacaciones. Para el reconocimiento y pago de vacaciones se computará el tiempo servido en todos los organismos a que se refiere el artículo 2o. de este Decreto, siempre que no haya solución de continuidad. Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad.”

una relación laboral.

Solicitó al distrito el pago de derechos salariales y prestaciones sociales –esta sentencia tampoco revela cuándo– que fue negado por la entidad territorial según oficio del 6 de marzo de 2003.

Al juez administrativo la accionante pidió la nulidad del oficio y el pago de acreencias laborales como restablecimiento del derecho. La primera instancia “accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda ordenando a pagar al Distrito de Barranquilla a título de indemnización, el valor equivalente a las cesantías devengadas por un docente vinculado al Distrito, por el periodo comprendido entre 1998 y 2000”.

La entidad territorial apeló la decisión.

### **3. Problema jurídico**

¿A la luz de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado colombiano, cómo se debe contabilizar el término de prescripción de los derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral?

### **4. Normas jurídicas relevantes para el caso**

Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

### **5. Ratio Decidendi**

Tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria, por tratarse como se advirtió en la providencia citada de una sentencia constitutiva.

<p>[...] entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacía el futuro.</p>	
<p><b>6. Regla Jurisprudencial</b></p>	
<p>Supuesto fáctico + consecuencia jurídica = regla establecida en la sentencia</p> <p>Cuando se aplica el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, en el marco de contratos estatales de prestación de servicios, el término trienal de prescripción de los derechos laborales se cuenta a partir de la sentencia ejecutoriada que declara la existencia de la relación laboral, no antes.</p>	
<p><b>7. Obiter Dicta</b></p> <p>No aplica.</p>	
<p><b>8. Decisión</b></p> <p>Se confirmó la sentencia de primera instancia.</p>	
<p><b>9. Aclaraciones de voto</b></p> <p>No aplica.</p>	
<p><b>10. Salvamentos de voto</b></p> <p>No aplica.</p>	
<p><b>11. Análisis jurídico</b></p>	
<p><b>1. Identificación de la providencia</b></p>	
Número	85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08)
Fecha	4 de marzo de 2010
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda

Magistrado Ponente	GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
Magistrado(s) que aclara(n) el voto	NO APLICA
Magistrado (s) que salva(n) el voto	NO APLICA
<b>2. Hechos jurídicamente relevantes</b>	
<p>Alegó la demandante que laboró como médica general en CAPRESOCA E. P. S. entre el mayo de 1997 y abril de 2001, vinculada por órdenes de prestación de servicios sucesivas, de manera continua y permanente, desempeñando las funciones bajo subordinación.</p> <p>Por medio de petición con fecha del 29 de julio de 2002 y radicada el 6 de agosto de ese año, reclamó a CAPRESOCA E. P. S. el pago de derechos salariales y prestaciones sociales, petición que fue negada por la entidad territorial según oficio 0535 de agosto de 2002.</p> <p>En sede judicial la demandante pretendió la nulidad de dicho acto y el pago de acreencias laborales como restablecimiento del derecho.</p> <p>El Tribunal Contencioso Administrativo de Casanare, primera instancia, “declaró la ineptitud sustantiva de la demanda y se inhibió del conocimiento de fondo de la controversia propuesta, al considerar que la demandante no acompañó con el libelo copia auténtica del acto acusado”.</p> <p>La parte actora apeló la decisión.</p>	
<b>3. Problema jurídico</b>	
<p>¿A la luz de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado colombiano, cómo se debe contabilizar el término de prescripción de los derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral?</p>	

<p><b>4. Normas jurídicas relevantes para el caso</b></p>
<p>La sentencia no cita normas jurídicas como fundamento de su decisión de imprescriptibilidad de derechos laborales, sino la providencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 6 de marzo de 2008 proferida en el proceso radicado número 23001 23 31 000 2002 00244-01 (2152-06).</p>
<p><b>5. Ratio Decidendi</b></p>
<p>De otra parte, en aquellos casos en que se accede a las pretensiones de la demandada, la Sección ha concluido la no prescripción de las prestaciones causadas con ocasión del contrato realidad, en tanto la exigibilidad de los derechos prestacionales en discusión, <u>es literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral</u>, dado su carácter constitutivo, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo (Se subrayó).</p>
<p><b>6. Regla Jurisprudencial</b></p>
<p>Supuesto fáctico + consecuencia jurídica = regla establecida en la sentencia</p> <p>Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia, no antes.</p>
<p><b>7. Obiter Dicta</b></p> <p>No aplica.</p>
<p><b>8. Decisión</b></p>
<p>Se revocó la sentencia de primera instancia, se anuló el acto acusado y como restablecimiento del derecho:</p>

reconocer y pagar a favor de la actora, las prestaciones sociales correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral entre los años 1999 y 2001 [...] sumas que se reconocerán y ajustarán de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

4°. Asimismo, ORDÉNASE a la demandante acreditar los aportes a pensión y salud que debió efectuar a los Fondos respectivos durante el periodo en que se acreditó la prestación de sus servicios a fin de que CAPRESOCA E.P.S. le cancele el valor respectivo. En su defecto, la Entidad efectuará las cotizaciones a que haya lugar, descontando de las sumas adeudadas a la actora el porcentaje que a ésta corresponda, conforme se expuso.

5°. DECLÁRASE que el tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales.

#### **9. Aclaraciones de voto**

No aplica.

#### **10. Salvamentos de voto**

No aplica.

#### **11. Análisis jurídico**

#### **1. Identificación de la providencia**

Número	150012331000200203480 01 (0569-2010)
Fecha	2 de diciembre de 2010
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda
Magistrado Ponente	GERARDO ARENAS MONSALVE
Magistrado(s) que aclara(n) el voto	NO APLICA
Magistrado (s) que	NO APLICA

salva(n) el voto	
<b>2. Hechos jurídicamente relevantes</b>	
<p>La accionante manifestó haber estado vinculada al municipio de Chiquinquirá desde febrero de 1998 hasta noviembre de 2001 por medio de contratos de prestación de servicios, desempeñándose como docente. Aseguró que cumplió los contratos bajo las órdenes y la dirección de la administración municipal.</p> <p>Reclamó al municipio el pago de derechos salariales y prestaciones sociales –esta sentencia tampoco revela cuándo– que fue negado por la entidad territorial según oficio del 25 de junio de 2002.</p> <p>En sede judicial la demandante pretendió la nulidad de dicho acto y el pago de acreencias laborales como restablecimiento del derecho. La primera instancia “accedió parcialmente a las súplicas de la demanda y dispuso el reconocimiento a la demandante, a título de reparación del daño, del valor de las prestaciones sociales devengadas por los empleados públicos docentes del Municipio de Chiquinquirá durante el tiempo de duración de los contratos celebrados en el año 1998” porque no hubo prueba de la clase de vínculo que existió entre la demandante y el municipio durante los años restantes.</p> <p>La entidad territorial apeló la decisión.</p>	
<b>3. Problema jurídico</b>	
<p>¿A la luz de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado colombiano, cómo se debe contabilizar el término de prescripción de los derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral?</p>	
<b>4. Normas jurídicas relevantes para el caso</b>	
<p>Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.</p>	
<b>5. Ratio Decidendi</b>	

...aclarar la Sala que bien en anteriores oportunidades se ha aplicado la prescripción trienal sobre los derechos que surgen de la declaratoria de existencia del contrato realidad, aceptando que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la entidad demandada teniendo en consideración que los derechos prescriben al cabo de determinado tiempo o plazo contado a partir de la fecha en que ellos se hacen exigibles (Dto. 3135/68 art. 41), la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia del 19 de febrero de 2009, ya reiterada, modificó este criterio por las razones que a continuación se explican:

En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria” (subrayado de la Sala).

<b>6. Regla Jurisprudencial</b>	
Supuesto fáctico + consecuencia jurídica = regla establecida en la sentencia	
<p>Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia, no antes.</p>	
<b>7. Obiter Dicta</b>	
No aplica.	
<b>8. Decisión</b>	
Se confirmó la sentencia de primera instancia.	
<b>9. Aclaraciones de voto</b>	
No aplica.	
<b>10. Salvamentos de voto</b>	
No aplica.	
<b>11. Análisis jurídico</b>	
<p><b>Sentencias confirmadoras de la línea que entiende que no se aplica prescripción de derechos laborales antes de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, pero que exige que el interesado reclame sus derechos dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato.</b></p>	
<b>1. Identificación de la providencia</b>	
Número	Acumulados: 11001-03-15-000-2013-01730-01

	11001-03-15-000-2013-01731-00 11001-03-15-000-2013-01748-00
Fecha	22 de octubre de 2013
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda
Magistrado Ponente	BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
Magistrado(s) que aclara(n) el voto	NO APLICA
Magistrado (s) que salva(n) el voto	NO APLICA
<b>2. Hechos jurídicamente relevantes</b>	
<p>En el año 2012 los señores Hilder Helí Pineda Pineda, Emma Gladys Ríos Alvarado y Ribinson Vargas reclamaron al departamento de Caquetá el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales ocasionadas por la vinculación que tuvieron con esa entidad territorial como docentes, mediante contratos de prestación de servicios suscritos así: Hilder Helí Pineda Pineda en el año 1993; Emma Gladys Ríos Alvarado durante los años 2000, 2002 y 2003; y Ribinson Vargas entre los años 2000 a 2003.</p> <p>El departamento de Caquetá negó la reclamación, lo cual condujo a los demandantes a promover demandas de nulidad y restablecimiento del derecho. En primera instancia el Juzgado Segundo Administrativo de Florencia declaró de oficio la excepción de prescripción del derecho reclamado “con fundamento en que han transcurrido más de tres años entre la terminación de la prestación del servicio a través de contrato de prestación de servicios y la reclamación de los derechos prestacionales que se pretenden en la demanda”.</p> <p>Los interesados apelaron el auto del juzgado ante el Tribunal Administrativo de Caquetá que confirmó la providencia recurrida.</p>	

Los accionantes presentaron sendas demandas de tutela contra el Tribunal Administrativo de Caquetá y el Juzgado Segundo Administrativo de Florencia, pidiendo la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y de acceso a la justicia. El argumento consistió en que las autoridades judiciales accionadas desconocieron los precedentes de la Sección Segunda del Consejo de Estado en virtud de los cuales la prescripción de derechos laborales inicia a contarse desde la sentencia judicial constitutiva que da lugar al nacimiento de tales derechos.

Se conformaron así tres expedientes de tutela: el del señor Pineda Pineda con el número de 11001-03-15-000-2013-01730-01, el de la señora Ríos Alvarado con el número 11001-03-15-000-2013-01731-00 y el del señor Vargas con el número 11001-03-15-000-2013-01748-00; los cuales fueron acumulados por la magistrada ponente que tramitó en el Consejo de Estado el proceso de tutela en primera instancia.

### **3. Problema jurídico**

¿A la luz de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado colombiano, cómo se debe contabilizar el término de prescripción de los derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral?

### **4. Normas jurídicas relevantes para el caso**

Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

### **5. Ratio Decidendi**

Para la Sección Segunda del Consejo de Estado el supuesto fáctico de los accionantes no es el mismo que el de la demandante en el proceso cuya sentencia fue presentada como precedente. Así, en la sentencia que se cita como desconocida, la actora reclamó a la entidad pública los derechos laborales dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato, mientras que en el caso del señor Hilder Helí Pineda Pineda, él presentó la reclamación después de 19

<p>años y los señores Emma Gladys Ríos Alvarado y Ribinson Vargas lo hicieron después de 9 años de haber culminado sus contratos. De esa manera ni el tribunal ni el juzgado administrativo desconocieron el precedente jurisprudencial porque justificaron de manera razonable la razón por la cual no lo aplicaron.</p>
<p><b>6. Regla Jurisprudencial</b></p>
<p>Supuesto fáctico + consecuencia jurídica = regla establecida en la sentencia</p> <p>En los procesos en los que se demuestra la existencia de una relación laboral bajo el ropaje de un contrato estatal de prestación de servicios, se accede al restablecimiento del derecho si el interesado, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 102 del decreto 1848 de 1969, ha presentado la correspondiente reclamación ante la entidad pública dentro de los 3 años siguientes a la culminación del contrato y luego ha acudido en término ante el juez administrativo.</p>
<p><b>7. Obiter Dicta</b></p> <p>No aplica.</p>
<p><b>8. Decisión</b></p>
<p>Se negó el amparo solicitado.</p>
<p><b>9. Aclaraciones de voto</b></p>
<p>No aplica.</p>
<p><b>10. Salvamentos de voto</b></p>
<p>No aplica.</p>
<p><b>11. Análisis jurídico</b></p>
<p>En esta sentencia la Sección Segunda del Consejo de Estado aseguró que en los casos en los que ha aplicado la doctrina de la naturaleza constitutiva de la sentencia, que hace improcedente la prescripción de derechos laborales, los demandantes presentaron su reclamación laboral ante la entidad pública contratante dentro de los 3 años siguientes a la terminación del contrato de prestación de servicios, mientras que en el caso concreto los interesados lo hicieron mucho más de 3 años después de haber culminado el vínculo contractual, de ahí que los hechos "...no eran asimilables a aquellos que ocuparon la atención</p>

de la Alta Corporación en reiteradas y anteriores oportunidades”.

No obstante lo dicho por el Consejo de Estado, no es cierto. Hay al menos una sentencia que resolvió un caso con hechos asimilables al debatido. Ciertamente, como resultado del rastreo jurisprudencial fue posible hallar una sentencia dictada a penas 3 meses antes en un proceso radicado con el número 11001-03-15-000-2013-01015-00 en el que la Sección Segunda del Consejo de Estado adoptó una posición enteramente opuesta a la asumida en la sentencia bajo análisis, que aunque no hace parte del nicho citacional será analizada a continuación para poner en evidencia la falta de consistencia en la línea jurisprudencial objeto de este trabajo.

### 1. Identificación de la providencia

Número	11001-03-15-000-2013-01015-00
Fecha	4 de julio de 2013
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda
Magistrado Ponente	BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
Magistrado(s) que aclara(n) el voto	NO APLICA
Magistrado (s) que salva(n) el voto	NO APLICA

### 2. Hechos jurídicamente relevantes

El accionante ejecutó varios contratos de prestación de servicios para el municipio de Ocaña entre marzo de 1990 y noviembre de 1994. Por considerar que fue sometido a permanente subordinación y que se presentaron los demás elementos de una relación laboral, solicitó el 13 de abril de 2011 –más de 16 años después del último contrato– al ente territorial el reconocimiento de dicha relación y el pago de las prestaciones sociales surgidas de ella. El municipio negó lo pedido a través de

oficio del 24 de mayo de 2011 argumentando la prescripción de los derechos laborales reclamados.

Ante esa situación el demandante solicitó al juez administrativo la nulidad del oficio y el restablecimiento de su derecho. En primera instancia el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Cúcuta accedió a las pretensiones de la demanda por haberse demostrado la existencia de una relación laboral y por estimar que según la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado la prescripción de derechos laborales en estos casos se cuenta a partir de la sentencia constitutiva a favor del contratista.

La entidad demandada apeló la decisión de primera instancia ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, el cual resolvió la alzada declarando probada la excepción de prescripción porque, a su juicio, si bien la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 19 de febrero de 2009 expedida en el proceso radicado con el número 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05) indicó que la prescripción de derechos laborales se cuenta desde la sentencia constitutiva que desvirtúa el contrato de prestación de servicios, lo cierto es que en ese caso el interesado reclamó a la entidad pública contratante sus derechos laborales dentro de los tres años siguientes a la terminación del contrato, al paso que el demandante, en el proceso bajo su estudio, había reclamado al municipio demandado después de 16 años del último contrato.

El actor presentó demanda de tutela contra el Tribunal Administrativo de Norte de Santander por el desconocimiento de los precedentes de la Sección Segunda del Consejo de Estado en virtud de los cuales la prescripción de derechos laborales inicia a contarse desde la sentencia judicial constitutiva que da lugar al nacimiento de tales derechos.

### **3. Problema jurídico**

<p>¿A la luz de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado colombiano, cómo se debe contabilizar el término de prescripción de los derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral?</p>
<p><b>4. Normas jurídicas relevantes para el caso</b></p>
<p>Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. Artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.</p>
<p><b>5. Ratio Decidendi</b></p>
<p>El Tribunal accionado</p> <p>...desconoció la posición que desde el año 2009 ha venido sosteniendo la Corporación en relación con aplicar el término de prescripción trienal a partir de que la <b>decisión judicial</b> desestima los elementos esenciales del contrato de prestación de servicios y que, en consecuencia, se hace exigible la reclamación de los derechos salariales y prestacionales; vulnerando con ello los derechos fundamentales del accionante al debido proceso e igualdad. (Negritas propias del texto de la sentencia).</p> <p>La Sección Segunda del Consejo de Estado precisó que con posterioridad a la tesis de inaplicación de la prescripción de derechos laborales, antes de la decisión judicial que declare la existencia de la relación laboral, "...no se ha proferido pronunciamiento en contrario sino reafirmando la misma".</p>
<p><b>6. Regla Jurisprudencial</b></p>
<p>Supuesto fáctico + consecuencia jurídica = regla establecida en la sentencia</p> <p>...en la medida en que previo a la expedición de la Sentencia que declara la primacía de la realidad laboral sobre la contractual no existe ningún derecho a favor del contratista de prestación de servicios emanado de un vínculo laboral, no es dable aplicar el término de prescripción, toda vez que el derecho surge desde el momento en que la Sentencia lo constituye a su favor.</p>
<p><b>7. Obiter Dicta</b></p> <p>No aplica.</p>

<p><b>8. Decisión</b></p>
<p>Se concedió el amparo a los derechos al debido proceso y a la igualdad del accionante; se dejó sin efectos la decisión de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander y se le ordenó emitir una decisión de reemplazo teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial sobre “...la aplicación de la prescripción trienal de los derechos derivados del contrato realidad, haciendo claridad que la presente Sentencia no incide ni determina el sentido de la decisión que deberá sustituir a la que fuera anulada”.</p>
<p><b>9. Aclaraciones de voto</b></p>
<p>No aplica.</p>
<p><b>10. Salvamentos de voto</b></p>
<p>No aplica.</p>
<p><b>11. Análisis jurídico</b></p>
<p>Puede observarse en la sentencia que ahora se analiza, que el Consejo de Estado tomó una decisión distinta a la sentencia analizada en la ficha anterior. Lo más desconcertante no sólo es que entre ambas providencias hay un espacio de tiempo de apenas tres meses, lo que indica que es poco probable que haya sucedido un cambio histórico que justifique variar la postura, sino que además, la ponente de las dos decisiones contradictorias entre sí, es la misma Magistrada, doctora BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ.</p> <p>Por otra parte, es discutible el argumento de autoridad empleado por el Consejo de Estado en la sentencia objeto de análisis en esta ficha –proceso 11001-03-15-000-2013-01015-00– para imponer su decisión de imprescriptibilidad de derechos laborales antes de la sentencia judicial que declara la existencia de un contrato realidad, sin que importe que el interesado haya reclamado sus derechos ante la entidad pública contratante mucho después de tres años de haber culminado el vínculo contractual. Efectivamente, para hacerle frente al argumento del Tribunal según el cual no hubo desconocimiento del precedente judicial porque los supuestos fácticos son distintos, dado que en las decisiones citadas como</p>

precedente los interesados reclamaron a las respectivas entidades públicas sus derechos dentro de los tres años siguientes al último contrato, mientras que en el caso concreto el contratista lo hizo 16 años después; la Sección Segunda del Consejo de Estado precisó que esta corporación es el “Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo; condición que le permite fijar el alcance normativo de las disposiciones que le corresponde aplicar en el marco de sus competencias”, entre cuyas funciones se encuentra la de unificar la jurisprudencia. Y se dijo que es discutible porque, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional, los jueces pueden escapar del precedente cuando presentan una justificación razonable como, entre otras, el que los hechos del caso anterior sean distintos a los del caso por resolver (Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001), y eso fue lo que hizo el Tribunal de primera instancia, distinguir entre el caso sometido a su decisión y el que dio lugar al precedente.

### 1. Identificación de la providencia

Número	Acumulados: 11001-03-15-000-2013-01742-00 11001-03-15-000-2013-01741-00
Fecha	23 de enero de 2014
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda
Magistrado Ponente	GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
Magistrado(s) que aclara(n) el voto	NO APLICA
Magistrado (s) que salva(n) el voto	NO APLICA

### 2. Hechos jurídicamente relevantes

Las accionantes estuvieron vinculadas al departamento del Caquetá como docentes hasta el año 2003. En el año 2012 –nueve años después del último contrato– reclamaron al ente territorial indicado el reconocimiento y pago de las prestaciones

sociales por estimar que existió una relación laboral.

El departamento de Caquetá negó la reclamación por medio de los oficios 743 y 747 de febrero de 2012. Las demandantes promovieron demandas de nulidad y restablecimiento del derecho. En primera instancia el Juzgado Administrativo respectivo declaró la prescripción de los derechos reclamados por haber transcurrido más de nueve años después de la desvinculación contractual de las demandantes, decisión que posteriormente fue confirmada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caquetá.

Los accionantes presentaron sendas demandas de tutela contra el Tribunal Administrativo de Caquetá y el Juzgado Segundo Administrativo de Florencia, pidiendo la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y de acceso a la justicia que, según ellas, violaron las autoridades judiciales accionadas por desconocer los precedentes de la Sección Segunda del Consejo de Estado en virtud de los cuales la prescripción de derechos laborales inicia a contarse desde la sentencia judicial constitutiva que da lugar al nacimiento de tales derechos.

Los expedientes de tutela de las dos demandantes fueron acumulados en uno solo.

### **3. Problema jurídico**

¿A la luz de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado colombiano, cómo se debe contabilizar el término de prescripción de los derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral?

### **4. Normas jurídicas relevantes para el caso**

Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

### **5. Ratio Decidendi**

Para la Sección Segunda del Consejo de Estado el supuesto fáctico de las demandantes es diferente al supuesto del proceso cuya sentencia fue presentada como precedente, pues en este, la interesada reclamó los derechos laborales dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato, al paso que en el caso concreto las actoras reclamaron al departamento del Caquetá 9 años después de haber culminado sus contratos; razón por la cual, dice el Consejo de Estado, la interpretación del precedente realizada por las autoridades judiciales accionadas en tutela, es lógica.

#### **6. Regla Jurisprudencial**

Supuesto fáctico + consecuencia jurídica = regla establecida en la sentencia  
 En los procesos en los que se demuestra la existencia de una relación laboral bajo el ropaje de un contrato estatal de prestación de servicios, se accede al restablecimiento del derecho si el interesado, ha presentado la correspondiente reclamación ante la entidad pública dentro de los 3 años siguientes a la culminación del contrato y luego ha acudido en término ante el juez administrativo.

#### **7. Obiter Dicta**

No aplica.

#### **8. Decisión**

Se negó el amparo solicitado.

#### **9. Aclaraciones de voto**

No aplica.

#### **10. Salvamentos de voto**

No aplica.

#### **11. Análisis jurídico**

La sentencia simplemente aplica la regla jurisprudencial que inicia a contar la prescripción laboral a partir la sentencia constitutiva, pero que exige reclamar los derechos laborales ante la entidad pública contratante dentro de los 3 años siguientes a la terminación del contrato de prestación de servicios.

<b>1. Identificación de la providencia</b>	
Número	20001 23 31 000 2011 00142 01 (0131-13)
Fecha	9 de abril de 2014
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda
Magistrado Ponente	LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
Magistrado(s) que aclara(n) el voto	NO APLICA
Magistrado (s) que salva(n) el voto	NO APLICA
<b>2. Hechos jurídicamente relevantes</b>	
<p>Los demandantes prestaron sus servicios como docentes del departamento del Cesar de manera ininterrumpida por medio de contratos de prestación de servicios. Las relaciones contractuales terminaron, algunas, en el año 1994 otras en los años 2000, 2001, 2002; y en todo caso, máximo hasta el año 2003. El 30 de julio de 2010 reclamaron a la entidad demandada el pago de prestaciones sociales porque consideraron que en realidad hubo una relación laboral. A través de oficio del 15 de septiembre de 2010 el departamento negó el pago pretendido. En sede judicial los accionantes reclamaron la nulidad del acto mencionado y la condena al pago de las prestaciones laborales. La primera instancia denegó las pretensiones de la demanda argumentando que los demandantes incumplieron la carga probatoria requerida para demostrar los hechos objeto de controversia. Los demandantes apelaron la decisión.</p>	
<b>3. Problema jurídico</b>	
<p>¿A la luz de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado colombiano, cómo se debe contabilizar el término de prescripción de los derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral?</p>	
<b>4. Normas jurídicas relevantes para el caso</b>	

<p>Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. Artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.</p>
<p><b>5. Ratio Decidendi</b></p>
<p>Luego de establecer la Sección Segunda que las relaciones contractuales de los once demandantes terminaron, la más reciente, en el año 2003, y que la reclamación laboral tuvo lugar en el año 2010, consideró que la prescripción de los derechos laborales se presentó, porque si bien ella empieza a contarse con posterioridad a la declaración judicial de la existencia de la relación laboral, no antes, la solicitud de esa declaración "...debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración".</p>
<p><b>6. Regla Jurisprudencial</b></p>
<p>Supuesto fáctico + consecuencia jurídica = regla establecida en la sentencia ...si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda en la sentencia transcrita, solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración.</p>
<p><b>7. Obiter Dicta</b></p> <p>No aplica.</p>
<p><b>8. Decisión</b></p>
<p>Se confirma la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pero no por falta de prueba de la relación laboral, sino "...por haberse extinguido el derecho a reclamar oportunamente la declaración de la existencia de la relación laboral".</p>
<p><b>9. Aclaraciones de voto</b></p>
<p>No aplica.</p>
<p><b>10. Salvamentos de voto</b></p>

No aplica.

### **11. Análisis jurídico**

La sentencia es confirmadora de la línea que inicia a contar la prescripción laboral a partir la sentencia constitutiva, pero que exige reclamar los derechos laborales ante la entidad pública contratante dentro de los 3 años siguientes a la terminación del contrato de prestación de servicios.

Es de alguna manera criticable que el Consejo de Estado no haya ordenado el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, pese a que, como lo había dicho ya desde la sentencia del 17 de abril de 2008 en el proceso radicado con el número 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05), se trata de derechos imprescriptibles que no requieren de petición expresa.

### **1. Identificación de la providencia**

Número	47001233300020140015601(2744-2015)
Fecha	11 de marzo de 2016
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda
Magistrado Ponente	SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Magistrado(s) que aclara(n) el voto	NO APLICA
Magistrado (s) que salva(n) el voto	NO APLICA

### **2. Hechos jurídicamente relevantes**

La demandante estuvo vinculada por contrato de prestación de servicios al municipio de Santa Ana – Magdalena. El último contrato data del 30 de noviembre de 2002. El 17 de diciembre de 2013, es decir, once años después de culminada la relación contractual, la interesada reclamó a la entidad demandada el pago de prestaciones sociales porque estimó que en realidad hubo una relación laboral. El

municipio denegó lo solicitado. La accionante pidió ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la nulidad de la decisión de la administración. El Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena declaró probada la excepción de prescripción extintiva en la audiencia inicial, porque la parte demandante reclamó a la entidad pública los derechos laborales después de tres años de culminar el último contrato. Inconforme con esa decisión la demandante la apeló para ante el Consejo de Estado.

### 3. Problema jurídico

¿A la luz de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado colombiano, cómo se debe contabilizar el término de prescripción de los derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral?

### 4. Normas jurídicas relevantes para el caso

La providencia no citó disposición jurídica alguna como base de su decisión en torno a la prescripción.

### 5. Ratio Decidendi

Sólo cuando se demuestra la relación laboral es procedente examinar la procedencia del fenómeno de la prescripción, esto es, “la verificación de si la reclamación se efectuó dentro de los tres (3) años contados a partir de la finalización de la relación contractual, so pena de que prescriban los derechos prestacionales que se puedan derivar de la relación laboral”.

La Sección Segunda del Consejo de Estado agregó:

Es pertinente señalar que la prescripción extintiva surge cuando transcurre de forma ininterrumpida todo el período de tiempo que dicta la legislación, pues es fruto de la prolongada inactividad del reclamante o acreedor, por lo que, la idea central **es que el acreedor puede evitar que prescriba su derecho antes de que el plazo se haya agotado, al realizar ciertos actos que interrumpen la prescripción** y mantienen vigente el derecho de cobro

<p>y la acción que lo ampara. En conclusión, la prescripción se refiere a la extinción de los derechos cuando aquellos no son reclamados durante un periodo de tiempo señalado por la ley, que para el caso de las obligaciones laborales y de seguridad social es de 3 años. (Se resaltó).</p>
<p><b>6. Regla Jurisprudencial</b></p>
<p>Supuesto fáctico + consecuencia jurídica = regla establecida en la sentencia</p> <p>Para evitar que prescriban los derechos prestacionales que puedan surgir de una relación laboral oculta bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios, el interesado debe reclamar tales derechos a la entidad contratante dentro de los tres años siguientes a la finalización del último vínculo contractual "...so pena de que prescriban".</p>
<p><b>7. Obiter Dicta</b></p> <p>El Consejo de Estado aclaró que sólo cuando se demuestra la existencia de la relación laboral, se puede entonces proceder a determinar si hubo o no prescripción. Por esa razón, ese fenómeno extintivo no puede declararse en la audiencia inicial.</p>
<p><b>8. Decisión</b></p>
<p>Se revocó el auto que declaró probada la excepción de prescripción.</p>
<p><b>9. Aclaraciones de voto</b></p>
<p>No aplica.</p>
<p><b>10. Salvamentos de voto</b></p>
<p>No aplica.</p>
<p><b>11. Análisis jurídico</b></p>
<p>Como ya se había señalado antes, luce contradictorio que el Consejo de Estado precise que "...el acreedor puede evitar que prescriba su derecho antes de que el plazo se haya agotado, al realizar ciertos actos que interrumpen la prescripción... que para el caso de las obligaciones laborales y de seguridad social es de 3 años"; para cuyo efecto, dice el Consejo de Estado, el contratista debe reclamar los derechos laborales a la entidad dentro de los tres años siguientes al último contrato —es decir antes de la sentencia constitutiva que declare la relación laboral—; pero</p>

que al mismo sostenga que la prescripción inicia a contarse a partir la sentencia constitutiva.

**Sentencias confirmadoras de la línea que entiende que no se aplica prescripción de derechos laborales antes de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, pero que exige que el interesado reclame sus derechos dentro de los 5 años siguientes a la terminación del último contrato.**

### **1. Identificación de la providencia**

Número	47001-23-33-000-2012-00016-01 (3160-2013)
Fecha	19 de enero de 2015
Corporación	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda
Magistrado Ponente	GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
Magistrado(s) que aclara(n) el voto	NO APLICA
Magistrado (s) que salva(n) el voto	NO APLICA

### **2. Hechos jurídicamente relevantes**

El accionante aseguró que ejecutó varias órdenes y contratos de prestación de servicios a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA– en la ciudad de Santa Marta, desde febrero de 1996 hasta noviembre de 2009. El 27 de febrero de 2012 elevó petición al SENA reclamando el pago de derechos laborales, la cual fue respondida negativamente en marzo de 2012. El demandante solicitó la nulidad de la decisión administrativa y el restablecimiento de sus derechos. El Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena accedió a las pretensiones de la demanda. El SENA apeló la sentencia.

<p><b>3. Problema jurídico</b></p>
<p>¿A la luz de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado colombiano, cómo se debe contabilizar el término de prescripción de los derechos laborales emanados de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral?</p>
<p><b>4. Normas jurídicas relevantes para el caso</b></p>
<p>La providencia no citó disposición jurídica alguna como base de su decisión en torno a la prescripción.</p>
<p><b>5. Ratio Decidendi</b></p>
<p>En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora esta Sección concluyó sobre su no prescripción, en tanto su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque es en tal decisión judicial en la que se declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo, que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.</p> <p>Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó, que aunque es cierto, que es desde la sentencia, que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a 3 años.</p> <p><b><u>Y en la actualidad, se ha determinado que el plazo razonable en el que se debe peticionar el pago de las prestaciones derivadas del vínculo laboral, es de 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato;</u></b> fecha que <i>mutatis mutandi</i> puede asimilarse al acto de retiro, acorde con lo estipulado por el artículo 66 del C.C.A., en armonía con los</p>

<p>principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los administrados. (Se ha resaltado).</p>
<p><b>6. Regla Jurisprudencial</b></p>
<p>Supuesto fáctico + consecuencia jurídica = regla establecida en la sentencia Desde la sentencia que declara la existencia de la relación laboral se hacen exigibles las prestaciones laborales nacidas del contrato realidad, sin embargo, el particular debe reclamar sus derechos a la administración dentro de un plazo razonable que es de cinco años contados desde la finalización del último contrato.</p>
<p><b>7. Obiter Dicta</b> No aplica.</p>
<p><b>8. Decisión</b></p>
<p>Se confirmó la sentencia que accedió a las pretensiones de la demanda.</p>
<p><b>9. Aclaraciones de voto</b> No aplica.</p>
<p><b>10. Salvamentos de voto</b> No aplica.</p>
<p><b>11. Análisis jurídico</b></p>
<p>El resultado del rastreo jurisprudencial mostró que con esta sentencia, sólo hubo dos pronunciamientos de la Sección Segunda del Consejo de Estado que acogieron la tesis que aplica la prescripción desde la sentencia constitutiva, siempre que se haya reclamado el pago de derechos laborales a la administración dentro del término de cinco años contados a partir del último contrato. El primer pronunciamiento fue la sentencia –clasificada como hito– del 8 de mayo de 2014 dictada en el proceso radicado número 080012331000201202445 01 (2725- 2012).</p>
<p><b>Análisis dinámico.</b></p> <p>En el análisis estático se advirtió que la metodología de construcción de línea</p>



			0344901 (3074-05) Confirma línea	
			•	
			Nov. 11/09 radicado 6800012 315000200 40235001 (2486-08) Confirma línea	
			•	
			Ene. 28/10 radicado 0800123 310002003 0164501 (1361-2007) Confirma línea	
			•	
			Mzo. 4/10 radicado 8500123 310002003 0001501 (1413-08) Confirma línea	
			•	
			Dic. 2/10 radicado 1500123 310002002 0348001 (0569-2010) Confirma línea	
			•	
			<u>Jul. 4/13</u> <u>radicado</u> <u>1100103</u> <u>150002013</u> <u>0101500</u> <u>Confirma</u> <u>línea</u>	
			•	
			Sep. 6/13 radicado 110010315 00020130166200(AC) Sentencia Hito Exige que el interesado reclame	

		<p>sus derechos a la entidad dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato.</p> <p>•</p> <p>Oct. 22/13 radicado 11001031500020130173001/ 11001031500020130173100/ 11001031500020130174800/ Confirma línea Exige que el interesado reclame sus derechos a la entidad dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato.</p> <p>•</p> <p>Ene. 23/14 radicado 11001031500020130174200/ 11001031500020130174100 Confirma línea Exige que el interesado reclame sus derechos a la entidad dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato.</p> <p>•</p> <p>Abr. 9/14 radicado 2000123 310002011 00142 01 (0131-13) Confirma línea Exige que el interesado reclame sus derechos a la entidad dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato.</p> <p>•</p> <p>Mayo 8/14 radicado 0800123310 00201202445 01(2725- 2012) Sentencia Hito Exige que el interesado reclame sus derechos a la entidad dentro de los 5 años siguientes a la terminación del último contrato.</p> <p>•</p> <p>Ene. 19/15 radicado 470012333 0002012 0001601 (3160-2013) Confirma línea Exige que el interesado reclame sus derechos a la entidad dentro</p>		
		<p>•</p> <p>Mayo 8/14 radicado 2500023250 0020080091901(0480-12) <u>Confirmadora de línea</u> <u>Exige que el interesado reclame sus derechos a la entidad dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato.</u></p>		

	<p>de los 5 años siguientes a la terminación del último contrato.</p> <p>•</p> <p>Mzo. 11/16 radicado 47001233300020140015601 (2744-2015) Confirma línea Exige que el interesado reclame sus derechos a la entidad dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato.</p> <p>•</p> <p>Ago. 25/16 radicado 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16 Sentencia de Unificación Sentencia Hito Exige que a partir de la terminación del último vínculo contractual el interesado tiene 3 años para reclamar sus derechos a la entidad.</p> <p>•</p> <p>Mzo. 2/17 radicado 52001233100020100050502 Arquimédica – Dominante Exige que el interesado reclame sus derechos a la entidad dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato.</p>	
--	---	--

### **Conclusiones (resultados de la construcción de la línea).**

Los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, disponen que los tres años de la prescripción laboral inician a contarse desde que la respectiva obligación se hizo exigible, de suerte que antes de la sentencia dictada el 6 de marzo de 2008, en el proceso radicado número 23001 23 31 000 2002 00244-01(2152-06), la Sección Segunda del Consejo de Estado venía interpretando que si en la realidad se ejecutaba un contrato estatal de prestación de servicios con todos los elementos de la relación laboral, se abría paso el pago del equivalente a las prestaciones sociales a favor

del contratista, según lo dispuesto en la sentencia C-154 de 1997<sup>28</sup>, pero que los derechos laborales surgidos en ese escenario prescribían incluso antes del pronunciamiento judicial que declarara la existencia de la relación laboral, tal como se observó en la providencia del 10 de diciembre de 1998, proferida en el proceso radicado número 3528 (1679-98). Esta sentencia se expidió un año y algunos meses después de la sentencia de constitucionalidad C-154 de 1997, lo cual nos indicaría que seguramente es la primera sentencia en la que el Consejo de Estado reconoció la existencia de una relación laboral escondida bajo la denominación de un contrato estatal de prestación de servicios, y ordenó el pago de prestaciones laborales a favor de un contratista.

La gráfica muestra que con la sentencia del 6 de marzo de 2008, dictada en el proceso radicado número 23001 23 31 000 2002 00244-01(2152-06), se origina una línea jurisprudencial según la cual la prescripción de derechos laborales que surgen en el marco descrito, se cuenta a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral porque antes no existe derecho alguno que pueda ser exigido, de suerte que de esa forma debían ser interpretados los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969. Ese criterio se encuentra confirmado en las sentencias del 17 de abril de 2008 proferida en el proceso radicado número 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05), del 19 de febrero de 2009 proceso radicado número 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05), del 11 de noviembre de 2009 proceso radicado número 680001-23-15-000-2004-02350-01(2486-08), del 28 de enero de 2010 proceso radicado

---

<sup>28</sup> Esta sentencia declaró exequible condicionalmente el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual, los contratos de prestación servicios en ningún caso generan relación laboral ni prestaciones sociales, en el entendido que sí se genera el pago de las prestaciones si se demuestra la existencia de los elementos de la relación laboral.

número 08001233100020030164501(1361-2007), del 4 de marzo de 2010 proceso radicado número 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08), del 2 de diciembre de 2010 proceso radicado número 150012331000200203480 01(0569-2010) y del 4 de julio de 2013, proceso radicado número 11001-03-15-000-2013-01015-00.

La postura jurisprudencial que señalaba que la prescripción se contaba a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, porque antes no existía derecho alguno que pueda ser exigido, permitía sostener –aunque no lo dijo de manera expresa la sentencia fundadora– que un contratista que hubiese estado ligado a una entidad pública bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios terminado lustros o incluso décadas atrás, bien podría reclamar a la administración el pago de prestaciones laborales por haber ejecutado el susodicho contrato con presencia de los elementos de una relación laboral, y ante la negativa de la entidad, demandar la nulidad de ese acto con el consecuente restablecimiento del derecho, que fue lo que sucedió en el proceso radicado número proceso radicado número 11001-03-15-000-2013-01015-00 en el que el accionante ejecutó varios contratos de prestación de servicios para una entidad pública hasta noviembre de 1994 pero reclamó a la administración en abril de 2011 –más de 16 años después– el reconocimiento de la relación laboral y el pago de las prestaciones sociales surgidas de ella.

De otra parte, con la sentencia del 6 de septiembre de 2013, proceso radicado número 11001-03-15-000-2013-01662-00(AC), la Sección Segunda del Consejo de Estado introdujo una subregla a la línea trazada en la sentencia fundadora del 6 de marzo de

2008 radicado número 23001 23 31 000 2002 00244-01(2152-06), aclarando que “si bien ha sido reiterada la jurisprudencia en el sentido señalado por la parte actora [que la prescripción se cuenta a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral]<sup>29</sup> lo cierto es que la misma se ha aplicado a situaciones en que los interesados han reclamado ante la administración dentro de los 3 años” contados desde la culminación del vínculo contractual, posición que se sintetizó posteriormente en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 expedida en el proceso radicado con el número 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, en virtud de la cual el contratista interesado en que se declare la existencia de una relación laboral y “el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual”. En otras palabras, el término de prescripción de tres años se cuenta desde que el contrato termina.

La introducción de la subregla acabada de comentar no se muestra caótica pues cae dentro de la “sombra decisional” de la línea, manteniendo así la obediencia al precedente (López Medina, 2006, p. 142). No puede decirse lo mismo frente a otros pronunciamientos que revelan momentos de indecisión y falta de consistencia del Consejo de Estado. Así, en la sentencia del 8 de mayo de 2014 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en el proceso radicado con el número 080012331000201202445 01(2725- 2012), se estableció una subregla distinta a la introducida por la sentencia del 6 de septiembre de 2013, proceso radicado número 11001-03-15-000-2013-01662-00(AC). En efecto, como se dijo antes, en esta

<sup>29</sup> El texto entre corchetes no es parte del texto original.

providencia de septiembre 6 de 2013 se fijó la subregla según la cual, aunque la prescripción se cuenta a partir de la sentencia judicial que declara la existencia de la relación laboral, el interesado debe reclamar a la administración sus derechos dentro de un término razonable que fijó en tres años contados desde la culminación del vínculo contractual, posición que había reiterado incluso hasta el 9 abril de 2014 en el proceso 20001 23 31 000 2011 00142 01 (0131-13). Pero tan solo un mes después –8 de mayo de 2014– la misma Sección Segunda señaló que ese plazo razonable era de cinco años, término que tomó por analogía del señalado en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo para la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos, pues

si un acto administrativo debe ejecutarse en un término de 5 años, a la luz del derecho a la igualdad entre las partes, ese sería el plazo que tiene el contratista del Estado para acudir a la administración pidiendo el reconocimiento de la relación laboral y el consiguiente pago de las prestaciones. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, proceso radicado 080012331000201202445 01(2725- 2012)).

Pero hay más. El rastreo realizado a la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado no solo muestra que la tesis de los cinco años no tuvo mayor desarrollo<sup>30</sup>, sino que por el contrario, la Sección continuó aplicando el término de los tres años de prescripción<sup>31</sup> contados desde el último contrato. De hecho, y resulta bastante contradictorio, el mismo día en que la Sección Segunda aplicó el término de

<sup>30</sup> Sólo una sentencia más se encontró en ese sentido, del 19 de enero de 2015 proceso radicado 47001-23-33-000-2012-00016-01 (3160-2013).

<sup>31</sup> Puede verse en las sentencias del 11 de marzo de 2016 proceso radicado número 47001233300020140015601 (2744-2015); 25 de agosto de 2016 proceso radicado número 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16 y 2 de marzo de 2017 proceso radicado número 52001233100020100050502.

prescripción de cinco años en el proceso radicado con el número 080012331000201202445 01(2725-2012), en otro proceso sostuvo que dicho término es de tres años:

Así las cosas, habiéndose precisado que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacia el futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae al reconocimiento de una situación anterior no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, proceso radicado 25000232500020080091901(0480-12))<sup>32</sup>. (Se subrayó).

La contradicción es mayor si se tiene en cuenta que quienes fallaron el mismo día los dos procesos mencionados, estableciendo términos distintos de prescripción, fueron los mismos magistrados<sup>33</sup>.

Concluyendo entonces, según la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado el interesado en que le sean reconocidos derechos laborales que surgen de la ejecución de un contrato estatal de prestación de servicios que encubre una relación laboral, debe solicitar a la entidad contratante el reconocimiento de la relación laboral y el pago de dichos derechos, dentro de los tres años siguientes al vencimiento del último contrato, de lo contrario opera la prescripción. Si la Administración deniega esa

<sup>32</sup> La metodología del profesor López Medina, empleada para la elaboración de esta línea jurisprudencial, no permite apreciar otras tendencias dentro de ella, pues en el nicho citacional producto de la sentencia arquimédica y de la ingeniería inversa, no aparece relacionada esta sentencia.

<sup>33</sup> Firman ambas sentencias los Doctores Gerardo Arenas Monsalve, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E) y Bertha Lucía Ramírez de Páez de la Subsección “B”.

solicitud, lo que procede es acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de la decisión administrativa, para que esta se anule y, consecuentemente, se restablezca el derecho. Adicionalmente, definió otras subreglas en torno al tema, compiladas en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, proceso radicado número 23001-23-33-000-2013-002660-01(0088-2015):

- La prescripción, en caso de haber operado, no abarca derechos imprescriptibles como los pensionales, de suerte que para proteger estos derechos debe estudiarse si existió o no relación laboral para ordenar, si es del caso, el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensión y la no ocurrencia de solución de continuidad.
- Sobre los aportes al sistema de seguridad social en pensión, tampoco opera la caducidad del medio de control.
- No es exigible la conciliación extrajudicial en derecho para promover demanda con pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, porque el contrato realidad implica el reconocimiento de derechos laborales no conciliables.
- La orden de pagar los aportes pensionales procede incluso de oficio para garantizar los derechos del trabajador.

Finalmente, queda por formular algunas reflexiones y críticas:

1. Por un lado, surge la pregunta de si tendrían o no derecho a reclamar prestaciones

laborales quienes ejecutaron contratos estatales de prestación de servicios bajo una relación laboral, con anterioridad a la sentencia C-154 de 1997 de la Corte Constitucional, que abrió el camino para reclamar derechos laborales surgidos de un contrato estatal de prestación de servicios. Si la respuesta es positiva, ¿desde qué momento se les hubiese comenzado a contar la prescripción? ¿Desde la sentencia de constitucionalidad?

2. Por otro lado, después de la sentencia de constitucionalidad C-154 de 1997 el Consejo de Estado empezó a declarar la existencia de relaciones laborales en casos en los que se demostraba la presencia de sus elementos, pero aplicaba la prescripción como se vio en la sentencia del 10 de diciembre de 1998 en el proceso con radicado número 3528 (1679-98). A partir de la sentencia de marzo 6 de 2008 del proceso 23001 23 31 000 2002 00244-01(2152-06) cambió de parecer y determinó que no procedía la prescripción. En ese caso ¿a quienes se les aplicó la prescripción antes tendrían derecho a volver ante la jurisdicción a reclamar lo que se les declaró prescrito?
3. Resulta criticable que sea al contratista a quien se le imponga la carga de la prueba acerca de la existencia de la relación laboral subordinada (Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997) ya que en el derecho laboral el trabajador –en este caso el contratista– no ha sido visto en igualdad de condiciones respecto del empleador, razón por la cual el artículo 53 de la Constitución Política ha establecido como principios mínimos fundamentales, no

solo el de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, sino también los de igualdad de oportunidades para los trabajadores, irrenunciabilidad de derechos laborales, favorabilidad para el trabajador (*in dubio pro operario*) y la prohibición de que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, menoscaben la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores.

Por tal razón, parece más ajustado al precepto constitucional citado, aplicar la carga dinámica de la prueba a favor del contratista-trabajador e imponerla a la administración para que sea esta la llamada a demostrar que el contrato de prestación de servicios no encubrió una relación laboral, sino que se ejecutó con plena autonomía e independencia por parte del contratista. Lo anterior aun cuando, como lo señala Cuesta (2016) los redactores del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, siguiendo decisiones del Consejo de Estado, consideraron inadecuado que el juez contencioso administrativo pudiera invertir la carga probatoria.

En ese sentido, las críticas que en su momento se hicieron a la carga dinámica de la prueba estarían hoy superadas con el artículo 167 del Código General del Proceso según lo demuestra la historia legislativa de dicho artículo (Cuesta, 2016) el cual contempla la situación de indefensión de una de las partes, así como la cercanía de una de ellas con el material probatorio, como circunstancias que permiten determinar que la administración –en el caso en estudio– se encuentra

en mejor posición para probar.

4. Debe decirse que la veleidad del Consejo de Estado al decidir si había o no prescripción de los derechos laborales surgidos en los límites del contrato realidad, así como el momento en que debía contarse, quebrantó la seguridad jurídica, esto es, la certeza del derecho, o como la entiende Kaufmann, la necesidad de positividad, que el derecho esté “fijado” o determinado de la forma más exacta posible pues de lo contrario “subsiste el peligro de una jurisprudencia considerablemente divergente y, por ende, una falta de certeza sobre aquello que es derecho” (Kaufmann, 2002, p. 350). Además, añade el autor, la seguridad jurídica requiere invariabilidad del derecho para garantizar su aplicación uniforme, de lo contrario sería injusto (p. 351).

En sintonía con ello ya hay quienes sostienen que la indecisión de las altas cortes genera la responsabilidad patrimonial del Estado, ya sea por aplicación retroactiva de cambios de jurisprudencia (Cuesta, 2015) o por el simple cambio de jurisprudencia (Cuesta, 2016), fenómenos que socavan la seguridad jurídica, la igualdad, la buena fe y la confianza legítima; como en efecto lo ha hecho el Consejo de Estado en casos como los descritos en este trabajo.

5. Resulta contradictorio que se afirme que quien ejecuta un contrato estatal de prestación de servicios en concurrencia de los elementos que constituyen una relación laboral, no se convierte por ello en servidor público ni se asimila a tal

noción, pero que al mismo tiempo se invoque como fundamento normativo de la prescripción de derechos laborales en el ámbito del contrato realidad, las disposiciones que regulan el régimen prestacional de los servidores públicos (artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y artículo 102 del Decreto 1848 de 1969).

6. El Consejo de Estado, en ninguna de las versiones de la línea jurisprudencial ha aplicado satisfactoriamente la prescripción de los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969. Efectivamente, como se ha indicado, tales disposiciones establecen que la prescripción empieza a contarse desde que la obligación se ha hecho exigible, sin embargo, en la primera etapa de la línea, el Consejo de Estado aplicó la prescripción incluso desde antes de dicha exigibilidad, esto es, antes de la sentencia que declara la relación laboral (Consejo de Estado, 1998, radicado 3528 (1679-98)).

En la segunda etapa consideró el Consejo de Estado que la prescripción comienza a correr desde la sentencia que declara la existencia de la relación laboral (Consejo de Estado, 1998, radicado 23001233100020020024401 (2152-06)), cuando en realidad a partir de ese momento no podría hablarse propiamente de prescripción de los derechos laborales –ya reconocidos en sentencia– sino de la acción ejecutiva tal como dispone el Código Civil:

Artículo 2536. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION EJECUTIVA Y ORDINARIA. Modificado por el art. 8, Ley 791 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la

ordinaria por diez (10).

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).

Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término.

En el tercer momento de la línea, que se consolidó con la sentencia de unificación (radicado 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16), el Consejo de Estado consideró que el interesado en las prestaciones sociales derivadas de un contrato realidad debe reclamarlas a la entidad pública, so pena de que se declare la prescripción, dentro de los tres años siguientes a la terminación del contrato, es decir, antes de la sentencia que declara la relación laboral y que jurídicamente hace exigible tales prestaciones.

7. Además de lo dicho, el Consejo de Estado no ha considerado que la aplicación de los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en lo que atañe a la interrupción de la prescripción, también resulta problemático dado que esas disposiciones contemplan que con la reclamación que se hace a la entidad pública el término de prescripción de tres años se interrumpe e inicia a contarse de nuevo, pero esta situación no puede presentarse en casos como el estudiado porque después de la reclamación a la entidad estatal el interesado debe acudir a la jurisdicción dentro del término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que es de cuatro meses contados desde la notificación de la decisión administrativa, de suerte que el contratista no podría utilizar los tres años del término de prescripción que ha empezado a contarse de

nuevo en virtud de la susodicha interrupción. Es más, la situación se torna más compleja si se tiene en cuenta que cuando la administración no responde la reclamación administrativa elevada por el contratista interesado, se genera el silencio administrativo negativo en cuyo caso podría demandarse el acto ficto o presunto en cualquier tiempo<sup>34</sup>, de ahí que si lo demanda después de los tres años correspondientes al segundo término prescriptivo producto de la interrupción, no podría declararse la prescripción de los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969. Es decir, los artículos que pretendería aplicar el Consejo de Estado serían en realidad inaplicables.

8. No puede pensarse que con la sentencia de unificación la controversia haya culminado, pues la tesis allí acogida –que el interesado en reclamar prestaciones sociales derivadas de un contrato realidad debe reclamarlas a la entidad pública concernida dentro de los tres años siguientes a la terminación del contrato, so pena de que se declare la prescripción– implica que los derechos laborales pueden ser declarados prescritos antes de la sentencia que los hace exigibles, lo cual contraría la literalidad de los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, según los cuales, la prescripción se cuenta desde que el derecho se ha hecho exigible, no antes.
9. Los jueces no pueden establecer términos de prescripción limitando el acceso a la

---

<sup>34</sup> Ley 1437 de 2011:

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

1. En cualquier tiempo, cuando: [...]

d) Se dirija contra actos producto del silencio administrativo; [...].”

administración de justicia porque la creación de esas reglas procesales son propias de la labor del legislador según lo dispone el artículo 150 de la Constitución Política<sup>35</sup>, el Código General del Proceso<sup>36</sup> y como lo ha precisado la Corte Constitucional:

Además de este panorama general sobre la cláusula general del Congreso, existen escenarios específicos en los que la Constitución prevé expresamente la necesidad de un desarrollo legislativo, o incluso **establece reserva para el desarrollo de determinados temas, en cabeza del Legislador, lo que excluye la participación de otras autoridades en el desarrollo de esas materias.** En esos espacios, el margen de acción del Legislador es aún más amplio, como lo ilustran especialmente los ámbitos tributario y penal. En la misma dirección, **la Corporación ha explicado que corresponde al Legislador el desarrollo del debido proceso, mediante la definición legal de las normas que estructuran los procedimientos judiciales y administrativos, ámbito en el que le corresponde establecer su objeto, etapas, términos, recursos, y demás elementos propios de cada actuación.** (Énfasis agregado) (Corte Constitucional, sentencia C-034 de 2014).

<sup>35</sup> “Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.

2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones. [...]”.

<sup>36</sup> “Artículo 7°. *Legalidad.* Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.

**El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley.**” (Negritas agregadas).

Ni siquiera el juez contencioso administrativo con fundamento en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 podría hacerlo<sup>37</sup>. Efectivamente esa norma faculta al juez administrativo, con el propósito de restablecer el derecho, para estatuir disposiciones “en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas”, que concretamente en lo que atañe al acto que niega el pago de prestaciones sociales surgidas de un contrato realidad, NO permitiría al juez fijar término alguno de prescripción porque, por una parte, ello no restablecería el derecho del demandante –que es el fin de esa facultad–, y por otra, esa atribución autoriza es a reemplazar, modificar o reformar el acto acusado el cual no puede señalar término de prescripción –no es competencia de la administración hacer tal cosa– que pudiera el juez, en uso de la atribución comentada, reemplazarlo, modificarlo o reformarlo.

Y aunque se entiende que no es posible que la ley regule cada aspecto de la vida –como lo dijo Josserand, “la vida es más ingeniosa que el legislador y que el mejor de los juristas”<sup>38</sup> (1938, p. 63)– y que por ello los jueces deben tener la

<sup>37</sup> “Artículo 187. *Contenido de la sentencia.* La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no *reformatio in pejus*.

**Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.**

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.” (Las negritas fueron agregadas).

<sup>38</sup> “La vie est plus ingénieuse que le législateur et que le meilleur des juristes”.

facultad de colmar los vacíos legales<sup>39</sup> (Dworkin, p. 82), ello genera en la práctica situaciones problemáticas para la seguridad jurídica como la aplicación desigual del derecho por su falta de “fijación”, problema que no lo resuelven las llamadas sentencias de unificación porque ni siquiera ellas están exentas de ser desatendidas<sup>40</sup>.

Y sumado a la falta de fijación del derecho y a la inconsistencia de la jurisprudencia está el problema que la prescripción extintiva es una contingencia que limita el acceso a la administración de justicia y en virtud de ello el establecimiento de sus plazos escapa de la esfera de competencia de los jueces quienes al señalarlos en sus decisiones judiciales crean derecho y lo aplican retroactivamente a hechos que ya han sucedido “entonces la parte perdedora será castigada, no porque haya violado algún deber que tenía, sino por un nuevo deber creado después de los hechos”<sup>41</sup> (Dworkin, p. 84).

<sup>39</sup> “Judges should apply the law that other institutions have made; they should not make new law. That is ideal, but for different reasons it cannot be realized fully in practice. Statutes and common law rules are often vague and must be interpreted before they can be applied to novel cases. Some cases, moreover, raise issues so novel that they cannot be decided even by stretching or reinterpreting existing rules. So judges must sometimes make new law, either covertly or explicitly.”

<sup>40</sup> Y se sostiene que ni las sentencias de unificación garantizan uniformidad en la aplicación del derecho porque existe evidencia empírica. Así, y aunque no tiene nada que ver con el tema del contrato realidad, pero sirve como ejemplo de lo afirmado, mírese el tema de la aplicación de la *actio de in rem verso* por bienes suministrados, servicios prestados u obras realizadas para la Administración Pública sin la previa existencia del respectivo contrato estatal, tema sobre el que a pesar de existir sentencia de unificación, el mismo Consejo de Estado la ha desconocido según las palabras del magistrado Santofimio Gamboa, quien por ello ha salvado su voto en decisiones como la sentencia del 30 de enero de 2013 dictada en el proceso radicado con el número 07001-23-31-000-1999-00161-01(19045) de la Sección Tercera. También la aclaración de voto del mismo magistrado en la sentencia del 26 de abril de 2017, en el que habla de la “Necesidad de revisión urgente del criterio jurisprudencial unificado en punto a la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad” (Santofimio Gamboa, 2017, p.1).

<sup>41</sup> “...if a judge makes new law and applies it retroactively in the case before him, then the losing party will be punished, not because he violated some duty he had, but rather a new duty created after event.”

No puede pues el juez fijar los perentorios términos de prescripción extintiva de derecho alguno y menos de manera vacilante como lo ha hecho el Consejo de Estado.

### **Bibliografía.**

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

Subsección “A”. Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia del 21 de julio de 2016. Radicación número: 25000-2325-000-2010-00373-01 (2830-2013).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

Subsección “B”. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 4 de febrero de 2016. Radicación número: 27001-23-31-000-2013-00334-01(3275-14).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

Subsección “B”. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 4 de febrero de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

Subsección “A”. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Sentencia del 24 de junio de 2015. Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00067-01(3038-13).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

Subsección “A”. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Sentencia del 22 de abril de 2015. Radicación número: 68001-23-31-000-2009-00312-01(3712-13).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

Subsección “A”. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Sentencia del 19 de enero de 2015. Radicación número: 47001-23-33-000-2012-00016-01 (3160-2013).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

Subsección “B”. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 9 de octubre de 2014. Radicación número: 68001-23-33-000-2012-00119-01(2727-13).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

Subsección “A”. Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 1 de septiembre de 2014. Radicación número: 20001-23-31-000-2011-00503-01(3517-13).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

Subsección “B”. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 10 de julio de 2014. Radicación número: 05001-23-31-000-2004-00391-01(0151-13).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 30 de enero de 2013). Radicación número 07001-23-31-000-1999-00161-01(19045).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

Subsección “B”. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 8 de mayo de 2014. Radicación número: 080012331000201202445 01 (2725- 2012).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 9 de abril de 2014. Radicación número: 20001 23 31 000 2011 00142 01 (0131-13).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia del 4 de julio de 2013. Radicación número: 11001-03-15-000-2013-01015-00.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero

ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 17 de marzo de 2011. Radicación número: 68001-23-15-000-2002-02012-01(1372-09).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero  
ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 4 de marzo de 2010.  
Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero  
ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia del 19 de febrero de 2009.  
Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.  
Subsección “A”. Consejero ponente: Jaime Moreno García. Sentencia del 17 de  
abril de 2008. Radicación número: 54001233100020000002001(2776-05).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.  
Subsección “A”. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.  
Sentencia del 17 de abril de 2008. Radicación número: 680012315000200300914  
01(1694-07).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero  
Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 6 de marzo de 2008.  
Radicación número: 23001233100020020024401 (2152-06).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

Subsección “A”. Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla. Sentencia del 26 de abril de 2007. Radicación número: 27001233100020030065501 (7765-05).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 15 de junio de 2006.

Radicación número: 2603-05.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Jaime Moreno García. Sentencia del 17 de noviembre de 2005.

Radicación número: 70001-23-31-000-2000-00011-01(4294-04).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 23 de junio de 2005.

Radicación número: 8001233100019980002701(245-03).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 23 de junio de 2005.

Radicación número: 20001-23-31-000-2001-00487-01(2161-04).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro. Sentencia del 16 de febrero de 2005. Radicación

número: 3130-04.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado. Sentencia del 19 de febrero de 2004.  
Radicación número: 44001-23-31-000-2001-00420-01(0099-03).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena. Consejero ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda. Sentencia del 18 de noviembre de 2003.  
Radicación número: 17001233100019990003901(IJ-0039).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado. Sentencia del 14 de agosto de 2003.  
Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0526-01 (3590-01).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro. Sentencia del 28 de junio de 2001. Radicación número: 2324-00.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda. Sentencia del 25 de enero de 2001.  
Radicación número: 73001-23-31-000-1680-01(1654-00).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero

ponente: Clara Forero de Castro. Sentencia del 5 de agosto de 1993. Radicación número: 6199.

Corte Constitucional. Sentencia T-084 de 2010. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. Sentencia C-607 de 2006. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. Sentencia C-056 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

## OBRAS

Alvarado Velloso, A. (2011). Lecciones de Derecho Procesal Civil. Medellín: Librería Jurídica Dikaia.

Arboleda Perdomo, E. J. (2011). Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá: Legis.

Angarita Barón, C. (1993). Aclaración de voto a la sentencia de la Corte Constitucional C-056 de 1993.

Azula Camacho, J. (2002). Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso. 8ª ed. Bogotá: Temis S. A.

Bastidas Bárcenas, H. F. et al. (2011). Los Medios de Control en la Ley 1437 de 2011. En Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 (págs. 193-310). Bogotá: Consejo de Estado.

Benavides, J. L. (2010). Contrato de prestación de servicios. Difícil delimitación frente al contrato realidad. *Revista Derecho del Estado*, no. 25, diciembre de 2010, pp. 85–115. Recuperado de [<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/>].

Betancur Jaramillo, C. (2013). Derecho Procesal Administrativo Ley 1437 de 2011. Medellín: Señal Editora.

Bonett Ortiz, S. A. (2010). La prescripción en Derecho Laboral y Seguridad Social. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA. – Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Castro Ruiz, M. (2011). Algunas propuestas para la unificación y la modernización del

derecho de las obligaciones y los contratos en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, no. 45, enero – junio de 2011, pp. 1–51. Recuperado de [<http://www.redalyc.org/html/3600/360033194001/>].

Comisión de Reforma. (2011). *Memorias de la Ley 1437 de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Volumen III. La Ley y los debates de la Comisión de Reforma. Parte A: artículos 1º a 142.* Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Cuesta Davu, A. A. (2016). Responsabilidad del Estado por simple cambio de jurisprudencia en el derecho colombiano. En *Ratio Juris* Vol. 11, No. 23, p. 47-71.

Cuesta Davu, A. A. (2015). Responsabilidad del Estado por aplicación retroactiva de cambios de jurisprudencia. En *Anuario de Responsabilidad Civil y del Estado*. 2015. No. 2, p. 89-127.

Cuesta Davu, A. A. (2016). *La carga de la prueba en el Código General del Proceso y su incidencia en el proceso contencioso administrativo.* Medellín: Próximo a publicarse.

De la Hoz, O. M. et al. (2011). *Medios de Control.* En *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*

(págs. 141-162). Bogotá: Consejo de Estado.

Devis Echandía, H. (2009). *Nociones generales de Derecho Procesal Civil* 2ª ed.

Bogotá: Temis S. A.

Díaz Vargas, J. A. (2012). La primacía de la realidad frente a los contratos de prestación de servicios administrativos, avances jurisprudenciales. *Jurídicas CUC*, vol. 8, no. 1, 2012, pp. 9–33. Recuperado de [<http://revistascientificas.cuc.edu.co/index.php/juridicascuc/article/view/431>].

Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press.

Guasp, J. (1961). *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Hinestrosa, F. (2008). *Tratado de las Obligaciones. Concepto, Estructura, Vicisitudes I*.

Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Josserand, L. (1938). *Cours de Droit Civil Positif Français 13 ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey*.

Kaufmann, A. (2002). *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

López Blanco, H. F. (2005). Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Tomo I, Parte General. Bogotá: DUPRE Editores.

López Medina, D. E. (2006). El derecho de los jueces. Bogotá: Universidad de los Andes.

Matallana Camacho, E. (2013). Manual de Contratación de la Administración Pública, Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Mazeaud, H., Mazeaud, L. & Mazeaud, J. (1976). Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Mora Sanmartín, J. A. (2014). La prescripción de las acciones provenientes de actos o contratos laborales y su contravención expresa del principio constitucional de irrenunciabilidad de los derechos e intereses del trabajador. Recuperado de [<http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/14999/1/TESIS%20JUDITH%20ALEXANDRA-MORA.pdf>].

Ospina Fernández, G. (2008). Régimen General de las Obligaciones. Bogotá: Temis S. A.

Quintero, B. & Prieto, E. (2008). Teoría General del derecho Procesal. 4ª ed. Bogotá: Temis S. A.

Ramírez Poveda, S. J. (2005). Selección de contratistas. Contratación Directa. 2ª ed.

Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación.

Rincón Córdoba, J. I. (2009). Derecho Administrativo Laboral. Empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez, L. (2013). Derecho Administrativo General y colombiano. 14ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio Gamboa, J. O. (2017). Aclaración de voto a la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C” del 26 de abril de 2017, dictada en el proceso radicado número 66001-23-31-000-2003-00130-01 (32765).

Sarria Olcos, C. (2013). Cometarios al título de los medios de control. En Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (págs. 304-306). Editor José Luis Benavides. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Toledo Filho, M. C. (2014). Prescripción de acciones laborales: cuestiones de fondo y de forma. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, no. 18, enero – junio de 2014, pp. 175–182. Recuperado de

[<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870467014701708>].

Younes Moreno, D. (2013). Derecho Administrativo Laboral. Bogotá: Temis S. A.

Valencia Zea, A. (1974). Derecho Civil Tomo III De las Obligaciones 4ª ed. Bogotá:  
Temis S. A.

Villegas Arbeláez, J. (2005). Derecho administrativo laboral. Principios, estructura y relaciones individuales. Tomo I. Bogotá: Legis.