

**PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS  
EMPLEADOS PÚBLICOS Y CONTRATISTAS DEL ESTADO: ANÁLISIS DE LA  
JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO DE LOS AÑOS 2010 A 2016.**

**DANIELA DEL CARMEN PINEDO PUELLO  
ELIANA TERESA SOCARRÁS MENDOZA**

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS  
POLITICAS CARTAGENA DE INDIAS D.T. Y C. - COLOMBIA ENERO, 2017**

**PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS  
EMPLEADOS PÚBLICOS Y CONTRATISTAS DEL ESTADO: ANÁLISIS DE LA  
JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO DE LOS AÑOS 2010 A 2016.**

**DANIELA DEL CARMEN PINEDO PUELLO  
ELIANA TERESA SOCARRÁS MENDOZA**

**Dr. NESTOR DAVID OSORIO MORENO**

**Monografía para optar por el título de Abogado**

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS  
POLITICAS CARTAGENA DE INDIAS D.T. Y C. - COLOMBIA ENERO, 2017**

## **Prescripción extintiva de los derechos laborales de los empleados públicos y contratistas del estado: análisis de la jurisprudencia del consejo de estado de los años 2010 a 2016.**

### **Resumen**

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha estudiado el fenómeno de la prescripción extintiva de los derechos laborales de los empleados públicos, y ha establecido unos criterios para resolver los conflictos, donde los contratistas pretenden la declaratoria de un contrato realidad y el consecuente reconocimiento de prestaciones sociales, cuando la Administración oculta una relación laboral como una de carácter contractual. En la actualidad, la tesis predominante que acoge la corporación, se refiere al término prudencial para demandar, la cual, se postula como la preferente al momento de proferir una decisión en los casos donde se pretende la declaratoria de un contrato realidad con la entidad pública contratante, sin embargo, esta tesis conlleva unas implicaciones que podrían considerarse negativas, porque difiere de las expectativas del contratista que desempeña las mismas funciones que el empleado público, pero que no goza de beneficios legales. Por lo anterior, ésta investigación aborda el estudio de las nociones que sustentan el tema y la prescripción extintiva desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, con el fin de realizar un análisis crítico a la jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado, en cuanto a la prescripción de los derechos laborales de los empleados públicos y los emanados del contrato realidad.

**Palabras clave:** Prescripción extintiva, empleado público, contratista, principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, contrato realidad, función pública.

## **Abstract**

The jurisprudence of the State Council has studied the phenomenon of the extinction of labor rights of public employees, and has established criteria to deal with cases where contractors seek to declare a contract and the consequent recognition of labor and employment fees. Benefits, where the Administration conceals an employment relationship as a contractual one. At present, the predominant thesis that the corporation receives, refers to the prudential term to sue, which, is posited as the preferred one when making a decision in the cases where it is intended the declaration of a contract with the entity. However, this thesis has implications that could be considered negative because it differs from the expectations of the contractor who performs the same functions as the public employee, but who does not enjoy legal benefits. Therefore, this research deals with the study of the notions that support the subject and of the extinction prescription from the doctrinal and jurisprudential point of view, in order to make a critical analysis of the jurisprudence pronounced by the Council of State, in terms of The prescription of the labor rights of public employees and those emanated from the contract reality.

**Key words:** Prescription extinct, public employee, contractor, principle of the primacy of reality over formalities, reality contract, public function.

## Introducción

La prescripción extintiva, es una institución de ineludible e importante estudio, debido a su valor social y económico, y además, porque para las partes que se encuentran vinculadas mediante una relación laboral, implica la posible pérdida de los derechos laborales de los empleados, por la inactividad en las acciones tendientes a exigir su cumplimiento, con lo cual, se podrían generar consecuencias adversas que afecten derechos fundamentales como el mínimo vital y las garantías que protege el estado social de derecho.

Por otro lado, el creciente accionar del aparato jurisdiccional por las reclamaciones judiciales de empleados públicos, y en mayor medida de los contratistas, quienes pretenden la declaratoria de un contrato realidad, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, genera un sinnúmero de procesos judiciales que, podría generar un gran detrimento al erario público, debido a que se observa en la práctica, que las pretensiones por los emolumentos y sanciones de orden laboral, son en exceso cuantiosas.

La efectividad del derecho administrativo como reflejo de la evolución del Estado, debe traducirse, en una aproximación a los postulados centrales del nuevo Estado de derecho, con connotaciones sociales. En un primer lugar de este postulado, debe anotarse que las relaciones entre el Estado y El acceso a la justicia contencioso administrativa como derecho fundamental efectivo. Los particulares han venido cambiando a lo largo de la misma evolución histórica del concepto Estado-nación, como relación al cambio de poder y a la transformación del mismo, operando en el unos límites y controles racionales, a lo que anteriormente era una fuerza desmedida estatal, que conducía a formas de autoritarismos salvajes, en los cuales no operaban ni las más mínimas restricciones<sup>1</sup>.

En ese sentido, con la presente investigación, se busca analizar las formas en las que opera la figura de la prescripción extintiva de los derechos laborales respecto de los empleados públicos y

---

<sup>1</sup> Bechara Llanos, A. Z. (2014) El acceso a la justicia contencioso administrativa como derecho fundamental efectivo. (Y. Carrillo De la rosa, Ed.) *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, VI (11), pág. 81-93

contratistas del Estado, desde la jurisprudencia del Consejo de Estado, entre los años 2010 a 2016, para efectos de identificar la posición de la jurisprudencia, y determinar los postulados que fundamentan el cómputo e interrupción de la prescripción de los derechos laborales en Colombia respecto a los empleados públicos y contratistas del Estado.

Es de anotar, la importancia de enfocar el objeto de la investigación, hacia el estudio de los pronunciamientos del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, teniendo en cuenta que, los mismos constituyen un precedente judicial vertical, predicable respecto de casos

análogos, es decir, asuntos en debate que presenten identidad fáctica y jurídica frente a uno de los casos resueltos con anterioridad por dicha corporación, y en consecuencia, resulta necesaria la revisión a las precisiones que respecto de la aplicación de la figura de la prescripción de los derechos laborales de los empleados públicos y en materia de contrato realidad ha realizado el Consejo de Estado.

Así mismo, el presente tema investigativo; adquiere relevancia científica, debido a que, aunque su objetivo no es la construcción de conceptos novedosos sobre el tema, pues la figura de la prescripción extintiva está debidamente regulada en nuestro ordenamiento jurídico, lo que se busca con la resolución del problema jurídico planteado, es emitir una postura crítica acerca de esa regulación que hace el ordenamiento jurídico frente a la prescripción extintiva de los derechos laborales de los empleados públicos y contratistas estatales, que se construirá, a partir del análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en aras de establecer la evolución de línea seguida por esta corporación jurídica frente al tema.

Por otra parte, esta investigación manifiesta una relevancia social, debido a que, se justifica el estudio planteado desde la trascendencia del trabajo como un derecho fundamental, necesario para la construcción de una sociedad más equitativa y justa, siendo, además, el medio por el cual el trabajador aspira a mejorar su calidad de vida, lo que debe ser tenido en cuenta en la construcción de políticas del Estado, orientadas a garantizar este derecho.

Así las cosas, el estudio de la prescripción extintiva de los derechos laborales de los empleados públicos y de los contratistas del Estado, que pretenden la declaratoria de vínculo laboral ante la entidad contratante, adquiere importancia social, teniendo en cuenta que, la relación que los vincula con el Estado, adopta los elementos tradicionales de una relación laboral, y por ende, el

empleado se constituye como la parte débil de la misma, lo que evidencia la importancia de que sean establecidas garantías que les permitan gozar de este derecho fundamental para alcanzar el bienestar social, al que aspira cualquier trabajador.

A su vez, posee una relevancia institucional, porque con la resolución del problema planteado, se espera que la Universidad de Cartagena, específicamente la Facultad de Derecho, presente un aporte al ámbito académico, y pueda ser reconocida como una institución que promueve a través de la investigación, la resolución de problemáticas con gran trascendencia jurídica.

Por otra parte, metodológicamente, esta investigación corresponde por su naturaleza, al campo de una investigación jurídica propiamente dicha, de carácter descriptivo-bibliográfico ya que su objeto de conocimiento es la norma jurídica, la jurisprudencia y la doctrina jurídica. Si bien es cierto que su objeto de estudio es principalmente lo consignado en el ordenamiento jurídico colombiano, respecto de la prescripción extintiva de los derechos laborales de los empleados públicos y contratistas del Estado, no puede sustraerse la temática, de la realidad social, debido a que, tiene que ver con una figura jurídica que trae implicaciones trascendentales para los derechos laborales de este tipo de trabajadores.

Dado que el diseño metodológico es bibliográfico, se recurrió como fuentes primarias, que nutran y den contenido a la presente investigación, a las normas jurídicas que regulan el tema, pero especialmente a la jurisprudencia de Consejo de Estado, ya que de esa forma se ha delimitado el problema objeto de análisis.



## Capítulo I

### **Nociones generales del fenómeno de la prescripción de los derechos laborales.**

La prescripción extintiva es un fenómeno de carácter jurídico, que ocasiona la pérdida del derecho, cuando el titular del mismo, no ejerce las acciones tendientes a procurar el reconocimiento de su derecho, dentro del tiempo estipulado por el legislador.

El Código Civil, en su artículo 2535 define la prescripción extintiva, así,

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. (Código Civil , 1887)

Por su parte, el doctrinante Fernando Hinestrosa, sobre el fenómeno prescriptivo, ha expresado que,

Pocas figuras jurídicas tan universales y realistas como la prescripción. Surgida con tardanza si se compara el momento de su aparición con el de muchas otras figuras, ha de considerársela natural e indispensable para el desenvolvimiento y la consolidación de las relaciones jurídicas. Empleado el vocablo habitualmente tanto para indicar el fenómeno extintivo de derechos, pretensiones, relaciones, que por previsión normativa ocurre en razón del transcurso de un determinado tiempo sin la actividad debida por parte del titular, ni reconocimiento de parte del obligado (prescripción extintiva) (...), la tendencia actual se orienta a circunscribir el empleo del vocablo prescripción para indicar el fenómeno extintivo. (Hinestrosa, La Prescripción extintiva, 2008)

La prescripción es una figura ampliamente estudiada no sólo por la doctrina y por la jurisprudencia nacional, sino también por el derecho comparado. Es de anotar, que tiene como característica principal, y requisito inexorable para que pueda configurarse, el transcurso del tiempo, y ese término está debidamente fijado en la legislación.

Otra particularidad de esta institución, corresponde a que la misma opera cuando el titular del derecho no acciona el aparato jurisdiccional para hacer la respectiva reclamación, permitiendo que exista una inactividad jurídica, con la cual se materializa la prescripción extinguiendo la posibilidad de reclamar el derecho en cuestión.

Así mismo, la prescripción, posee características que la hacen distinguible de otras instituciones con las que suele confundirse, como por ejemplo la caducidad, una de estas características es que quien pretende beneficiarse de la prescripción para extinguir la obligación, debe alegarla, solicitando que la misma se declare, sesgando la posibilidad de que el titular ostente el derecho.

Si bien la materialización de la prescripción se da por la inactividad del titular, la prescripción debe ser declarada por el operador judicial a través de una sentencia que examine los supuestos facticos de su configuración.

Es un principio fundamental el que “el juez no pueda aplicar de fondo la medida de prescripción”, que se complementa con la de prohibición de la renuncia a la prescripción antes de que se haya cumplido el término respectivo. Por distintas razones, tanto de índole histórica como por fuerza de la naturaleza de los intereses en juego y la manera como operan en el fenómeno de la prescripción, se tiene que dentro del sistema normativo universal el transcurso del tiempo sin su aducción o reconocimiento, por sí solo, no implica la pérdida “o el desfallecimiento” del derecho. De la inercia del titular de

la pretensión surge para la otra parte (deudor) el derecho de negar la obligación y rehusarse al deber de prestación, o sin más rodeos, de invocar la prescripción extintiva. Según esta postura, al cumplimiento del término, no se daría la prescripción, sino apenas la “prescriptibilidad” o “idoneidad de la relación para experimentar la vicisitud extintiva solo cuando se oponga la correspondiente excepción”. (Hinestrosa, 2008)

El cómputo del término prescriptivo, puede ser interrumpido, como se verá más adelante en el análisis jurisprudencial que se pretende adelantar, una vez ha empezado a correr el término respectivo, y efectivamente ocurre, con la reclamación, bien sea del reconocimiento y pago de los derechos prestacionales, para el caso de los empleados públicos que tienen una relación legal y reglamentaria, o por la reclamación para que se reconozca la existencia del vínculo laboral en virtud del principio de la realidad sobre las formalidades, y el consecuente reconocimiento y pago de las respectivas prestaciones sociales.

Por otra parte, la prescripción tiene una naturaleza jurídica, que la compromete con el derecho procesal, teniendo en cuenta que, se constituye como un mecanismo a través del cual, se materializa el derecho a la defensa, debido a que se debe proponer como una excepción *-ope exceptionis-*, y en el evento que sea estimada favorablemente, genera el fin del proceso.

No obstante, es de anotar que, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha dejado claro que, el juez administrativo puede declarar de oficio la excepción de prescripción en el proceso contencioso, teniendo en cuenta que,

El artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 regula el trámite de la audiencia inicial en los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en el numeral 6º, sobre la decisión de las excepciones, dispone que el Juez o Magistrado

Ponente de oficio o a petición de parte debe resolver sobre las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. Por tanto el a quo sí tiene facultad legal para pronunciarse de manera oficiosa respecto de las excepciones señaladas en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 que es norma especial que regula el trámite del proceso contencioso administrativo y solo se acude al Código General del Proceso (antes C. de P. C.) cuando no exista norma que regule el asunto como lo dispone el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011. En virtud de lo anterior, la excepción de prescripción sí podía ser declarada de manera oficiosa por el Tribunal. (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Rad. 2012-00404, 2015)

En ese orden, el fenómeno prescriptivo, es una clara manifestación de los principios generales del proceso, especialmente porque se sustenta en el principio de seguridad jurídica.

La seguridad jurídica es un principio fundante del Estado Social de Derecho, su connotación y alcance engloba la protección de las decisiones jurídicas para que exista coherencia entre la aplicación del derecho y la actividad judicial, en ese sentido, la prescripción al ser una figura de naturaleza procesal delimita el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción, como expresión de garantía del debido proceso.

En principio, pareciera injusto que los derechos debidamente adquiridos tuvieran una fecha en la que sobre ellos se pierde facultad de ejercicio, sin embargo, teniendo en cuenta el principio de seguridad jurídica, resulta contrario al mismo ordenamiento que existan obligaciones que se encuentran indefinidas en el tiempo respecto de su resolución, en evidente menoscabo del equilibrio jurídico propio de las relaciones sociales.

En relación con la figura de la prescripción, (Díaz Garaycoa, 2011), ha señalado que,

Se trata de una institución de muy antigua data que tiene como fundamento la seguridad jurídica. La doctrina que sirve como sustento de la legislación sobre la materia considera que el titular de un derecho o pretensión debe ejercer dentro de un tiempo determinado la acción judicial o administrativa para demandarlo o reclamarlo, pues el mantener indefinidamente abierta la posibilidad de hacerlo, afectaría el derecho que a su vez tiene el potencial reclamado o demandado al exigírsele mantenerse en permanente riesgo de ser requerido y, por ello, de conservar en forma igualmente indefinida los documentos y más medios probatorios que eventualmente fueren requeridos para su defensa. La institución de la prescripción es recogida de manera generalizada en la legislación de los diferentes países; cada una de ellas contiene plazos diferentes y en muchos casos excepciones para determinadas materias.

Así las cosas, la prescripción es una institución que nace por una exigencia de seguridad jurídica debido a que su finalidad es la de impedir que permanezcan indefinidamente inciertos algunos derechos en el tiempo. (Pacheco Zerga, 2012)

El fenómeno prescriptivo, se relaciona directamente, con la oportunidad procesal limitada por el legislador para reclamar un derecho. Sobre el particular, la Corte Constitucional, ha señalado que,

La oportunidad es una condición de viabilidad del ejercicio del derecho y de la eficacia de la acción. Lo justo jamás puede ser inoportuno. El concepto de oportunidad se refiere, ante

todo, a la necesidad o conveniencia determinadas por el tiempo o por el espacio, las dos dimensiones ineludibles de toda conveniencia humana, por ser realidades evidentes.

En el nacimiento, vida y extinción de las relaciones jurídicas, el tiempo es factor que cabe ponderar en plano relevante. Al transponerse el umbral de la mayoría de edad, cesan las incapacidades que la minoría engendraba; la creación intelectual que la Carta Magna protege con énfasis, atribuye sus prerrogativas por el término que acuerde la ley.

Si bien en solitarias ocasiones, el tiempo es capaz de producir consecuencias jurídicas sin la necesidad de que se le sumen otras circunstancias (así en el plazo), la mayoría de las veces requiere de ellas para provocar modificaciones jurídicas. (Sentencia C-916, 2010)

En términos generales, sobre la figura de la prescripción, el Consejo de Estado ha señalado:

La prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva. La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados so pena de perder dicha administración. (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Rad. 1201-08, 2010)

Por su parte, en materia laboral, la prescripción extintiva, implica la pérdida del derecho por parte del trabajador y la extinción de la obligación por parte del empleador, debido a que el primero, pierde la oportunidad para reclamar el reconocimiento y pago, de ciertos emolumentos laborales a los que tiene derecho.

En estos mismos términos, se refieren los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968<sup>1</sup>, y 102 del Decreto 1848 de 1949<sup>2</sup>, en cuanto a que se produce la pérdida de los derechos adquiridos por el empleado público, originados en una relación laboral. Estos derechos prescriben a los tres años, después de haberse causado o adquirido, y la razón de ello, corresponde a que no pueden mantenerse obligaciones vigentes en el tiempo, debido a que se afecta el equilibrio económico de las relaciones laborales.

Así mismo, los artículos mencionados, establecen que la prescripción puede interrumpirse, y que ello ocurre con la reclamación que por escrito realice el empleado ante la entidad o empresa obligada sobre un derecho determinado. Dicha interrupción de la prescripción, solo opera por una vez por el mismo lapso de los tres años, es decir, se cuentan de nuevo tres años más.

En principio, podría parecer que lo anterior, es una concepción jurídica contraria a los intereses del empleado público, sin embargo, su estipulación y observancia, tiene una razón de ser en el ordenamiento jurídico colombiano, la cual consiste en que no pueden mantenerse en el tiempo de manera prolongada ciertas obligaciones, teniendo en cuenta que, esa circunstancia afectaría la estabilidad de las relaciones jurídicas, y es contraria a los principios de seguridad y certeza jurídica.

Al respecto, conviene traer a colación lo señalado por el doctrinante italiano Mario Amelotti, citado por Fernando Hinestrosa, de la siguiente manera:

La prescripción responde a una “exigencia de índole práctica, y no de orden moral o de rigor lógico: la utilidad de que las relaciones jurídicas se tornen ciertas prevalece sobre la

---

<sup>1</sup> Decreto 3135 del 26 de diciembre de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

<sup>2</sup> Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

de su efectiva correspondencia con el derecho; la oportunidad de que los litigios no se puedan proponer indefinidamente se prefiere a una búsqueda ilimitada de lo justo” (Hinestrosa, Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes. Volumen I, 2003)

En consonancia con lo anterior, la Honorable Corte Constitucional, sobre la prescripción en materia laboral, ha establecido:

La prescripción trienal acusada, no contradice los principios mínimos fundamentales establecidos por el Estatuto Superior, porque la finalidad que persigue es adecuar a la realidad el sentido mismo de la oportunidad, con lo cual logra que no se desvanezca el principio de la inmediatez, que, obviamente, favorece al trabajador, por ser la parte más necesitada en la relación laboral. El derecho de los trabajadores no puede menoscabarse (art. 53 C.P.), y es en virtud de ello que la prescripción de corto plazo garantiza la oportunidad a que tienen derecho los que viven de su trabajo. (Corte Constitucional, C-916, 2010)

Ahora bien, para (Bonett Ortíz, 2010), la prescripción de los derechos laborales no se opone al principio de irrenunciabilidad, debido a que dicha figura jurídica, es necesaria para el correcto desarrollo de las relaciones laborales.

(Beltrán Sierra, 2013) Ha indicado que la prescripción extintiva de los derechos reporta un invaluable aporte para las relaciones jurídicas, en el sentido de que es una institución de enorme trascendencia jurídica para la pacífica convivencia entre los asociados y la seguridad misma del orden jurídico, es por esto que la cual la doctrina universal tiene por sentado que es una institución de orden público como quiera que la incertidumbre que podría generarse si ella no



existiera sería contraria al orden social. Por lo mismo, es evidente que la existencia misma de la prescripción reporta utilidad social para la consolidación de los derechos adquiridos y para sancionar al titular de los derechos cuando por incuria o negligencia no los ejerce en el tiempo que se le ha otorgado para ello.

También ha afirmado este autor, que la consumación del término previsto por la ley para que opere la prescripción extintiva de los derechos es, como ya se vio, una sanción impuesta a la inactividad del titular del derecho o de una acción, se hace indispensable precisar que ella solamente puede computarse desde el momento mismo en que se hace exigible la obligación. Es decir, habrá de distinguirse si se trata de una obligación pura y simple o de una obligación sujeta a modalidades de plazo o condición.

Si se trata de una o más obligaciones de cumplimiento inmediato pactadas en una convención o un contrato, el inicio del término de prescripción extintiva adquiere existencia jurídica desde el momento en que se perfecciona el respectivo contrato, pues desde éste son exigibles las obligaciones pactadas, por cuanto las prestaciones deberán cumplirse de manera inmediata.

Para (Lorduy Jiménez & Charrasquiél Vázquez, 2011) la prescripción en términos generales, es un modo de extinción de las acciones o derechos ajenos por no haberse ejercido o exigido durante un determinado lapso de tiempo, y manifiestan que el Código Civil colombiano regula conjuntamente la prescripción extintiva y la adquisitiva, diferenciándose ambas, en el entendido de que en la adquisitiva se adquieren los derechos reales, mientras que en la extintiva, se extinguen las obligaciones.

En cuanto a la prescripción en el ámbito de los derechos laborales, estos autores señalaron que la prescripción extintiva, a pesar de las obligaciones y derechos constitucionales que emanan del

contrato de trabajo y de la relevancia constitucional que han adquirido en la actualidad, el ordenamiento jurídico colombiano no se inclina por la imprescriptibilidad de tales derechos, es decir, que puedan ser reclamados en cualquier tiempo, sino que por el contrario, se consagra la posibilidad de que se pierdan por la inacción injustificada del trabajador dentro de un término establecido en la ley.

La jurisprudencia del Consejo de Estado también se ha pronunciado respecto de esta figura, así, por ejemplo, en el Fallo 1201-08 de fecha 23 de septiembre de 2010, con ponencia de la Dra. Bertha Lucia Ramírez Páez, al referirse sobre el tema de la prescripción extintiva, ha afirmado que esta guarda relación con el deber u obligación en cabeza de cada persona de reclamar y hacer reconocer sus derechos en un tiempo prudencial, el cual está fijado en la ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, deben ser solicitados en un lapso señalado en la norma, so pena de perder los mismos.

Respecto al análisis de esta problemática, la Alta Corporación mencionada, en la providencia antes citada, consideró:

La prescripción de derechos del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, el cual establece lo siguiente: “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.”

(...) El Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público, en el artículo 102, dispuso: “PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 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.”

Es decir, una vez causado un derecho, se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo inicialmente ante la Administración y posteriormente en sede judicial; el solo hecho de reclamar ante la Administración, interrumpe el lapso de tiempo por otro periodo igual, lo que significa que inicia nuevamente a contarse los tres años. (Consejo de Estado Fallo 1201-08, 2010)

No obstante lo anterior, el debate que suele suscitar el ejercicio y aplicación de esta figura jurídico-procesal en materia laboral, se fundamenta en la identificación del momento en el cual se empieza a contabilizar el término en que opera, al respecto se han creado algunas tesis:

- La primera de ella plantea que, para algunos, el cómputo inicia a partir de la terminación del vínculo laboral.
- La segunda señala que, se empieza a contar desde el momento en que se pueden hacer exigibles los derechos.

En el siguiente acápite podremos comprobar que la posición jurisprudencial del Consejo de Estado ha variado entre una y otra tesis, e incluso ha habido momentos en los que ha asumido una postura mixta, el caso es que si bien existen términos prudenciales para solicitar el reconocimiento de los derechos, la interpretación de cada caso, a la luz de los criterios jurisprudenciales dependerá exclusivamente de que los elementos facticos y jurídicos tengan identidad material respecto del precedente jurisprudencial.

De manera que, la prescripción extintiva de los derechos laborales, ya ha sido objeto de análisis en la jurisprudencia del Consejo de Estado, y por ende, como ya se ha anunciado, nos centraremos en el estudio de estos pronunciamientos, con el fin de establecer la línea jurisprudencial que ha construido dicha Corporación frente a la prescripción de los derechos laborales de los empleados públicos, quienes tienen una relación legal y reglamentaria, distinta a la de los trabajadores oficiales, y en el estudio del caso de los contratistas del Estado, los cuales pretenden ante la jurisdicción contencioso administrativa, la declaratoria de existencia de vínculo laboral, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

En cuanto a éste último aspecto, el Consejo de Estado, en providencia reciente, ha manifestado:

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. 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.

Y en la actualidad, se ha determinado que el plazo razonable en el que se debe petitionar el pago de las prestaciones derivadas del vínculo laboral, es de 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato; fecha que *mutatis mutandi* puede asimilarse al acto de retiro, acorde con lo estipulado por el artículo 66 del C.C.A., en armonía con los principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los administrados. (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Rad. 3160-13, 2015).

## **Capítulo II**

### **La prescripción de los derechos laborales en la jurisprudencia del Consejo de Estado.**

En el presente acápite, realizaremos una deconstrucción del fenómeno prescriptivo de los derechos laborales en la jurisprudencia del Consejo de Estado, desde dos casos específicamente:

El primero: la prescripción de los derechos laborales de los empleados públicos, quienes tienen una relación legal y reglamentaria, distinta a la de los trabajadores oficiales, y el segundo: los pronunciamientos en relación con la prescripción de los derechos laborales de los contratistas del Estado, los cuales pretenden, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la declaratoria

de existencia de vínculo laboral, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Teniendo en cuenta que el Consejo de Estado, es el máximo órgano de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sus pronunciamientos constituyen un precedente de obligatoria consulta para resolver cada caso concreto, además, a través del análisis jurisprudencial se pueden precisar las posturas que la Alta Corporación, ha asumido respecto de la prescripción extintiva y sus efectos en la dinámica de las relaciones laborales.

Para efectos de abordar el presente estudio, se realizarán unas precisiones previas, en relación con las nociones de servidor público, necesarias para el análisis jurisprudencial objeto de la presente investigación, en los siguientes términos:

**- Naturaleza y clasificación de servidor público**

Como se ha indicado, respecto del primer caso de manifestación de la prescripción, en relación a los derechos laborales de los empleados públicos, el Consejo de Estado ha sentado una posición uniforme y pacífica, regida por unos parámetros que consagra la normatividad y que ha desarrollado la jurisprudencia, sin embargo, antes de entrar a examinar esta última, resulta necesario estudiar las nociones que establece el ordenamiento, sobre servidor público.

La Constitución Política, establece la obligación del Estado, para que través de sus agentes éste alcance el desarrollo del Estado Social de Derecho, y parte de esta labor se adelanta a través de los servidores públicos, que integran los distintos organismos que hacen parte de las ramas del poder público.

En consecuencia, debe ser lo primero indicar que, el artículo 123 superior, consagra la clasificación de los servidores públicos, así:

Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio. (Constitución Política , 1991)

Por su parte, el artículo 2 de la ley 80 de 1993, sobre la definición de servidor público, señala que,

Se denominan servidores públicos:

a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.

b) Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas. (Ley 80, 1993)

Además, el artículo 122 constitucional, establece que la función pública se materializa a través del empleo público, y de conformidad con esa norma constitucional, desde la ley, la

jurisprudencia y la doctrina se pueden identificar tres modalidades de vinculación laboral con el Estado:

- Estatutaria, legal o reglamentaria, que es aquella de la que gozan los empleados públicos.
- La contractual, que es la que se suscribe mediante el contrato laboral como el caso de los trabajadores oficiales y también encontramos la de prestación de servicios.
- La de carácter temporal, esta es una identificación más que todo doctrinaria. “El empleo temporal constituye una nueva modalidad de vinculación a la función pública, diferente a las tradicionales de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa; tiene carácter transitorio y excepcional y, por ende su creación sólo está permitida en los casos expresamente señalados por el legislador” (Fallo 2011-00042-00, 2012).

Así las cosas, existen dos tipos de servidores públicos: el trabajador oficial y el empleado público, y dicha diferenciación, trae como consecuencia, que cada servidor ejerza de forma distinta su derecho a la seguridad social.

Respecto de esta diferenciación, la jurisprudencia constitucional ha señalado que:

Las personas naturales que ejercen la función pública establecen una relación laboral con el Estado y son en consecuencia funcionarios públicos. Desde el punto de vista general, la definición es simple. Sin embargo, existen diversas formas de relación y por consiguiente diferentes categorías de funcionarios públicos. La clasificación tradicional comprende los empleados públicos y los trabajadores oficiales. Esta clasificación se remonta a la ley 4a de 1913 la cual siguiendo el criterio finalista definió a los empleados públicos como los que tienen funciones administrativas y los trabajadores oficiales aquéllos que realizan las obras públicas y actividades industriales y comerciales del Estado. El decreto 3135 de 1968



siguió el criterio organicista para definir los empleados públicos, quienes están vinculados a los Ministerios, departamentos administrativos y demás entidades que ejercen la función pública. (Sentencia C-681, 2003)

De tal forma que, la noción de empleado público, está compuesta por unos elementos, que a la luz de la jurisprudencia, son los siguientes:

i) que los empleados públicos son un subconjunto de otro mayor, el de los denominados servidores públicos, que según se observa, es el término más genérico y comprehensivo que el texto constitucional utiliza para referirse al conjunto de empleados y funcionarios del Estado en sus distintas ramas; ii) que ese grupo comprende cargos que, aunque desde distintos niveles, tienen en común el ejercicio de funciones típicamente administrativas, entre ellos los de los funcionarios elegidos para un período fijo, los de libre nombramiento y remoción y los de carrera administrativa, conformando así el grupo más numeroso de servidores públicos; iii) que frente a las otras especies de empleados oficiales de que hablan los artículos 123 y 125 del texto superior, los empleados públicos conforman una categoría residual, a la que pertenecerían todos aquellos funcionarios del Estado no encuadrables en ninguno de tales grupos (Sentencia C-741 , 2001)

Tanto el trabajador oficial, como el empleado, constituyen la clasificación de servidor público, y como se mencionó anteriormente, esta diferenciación subsiste para determinar aspectos como la vinculación de cada uno con el Estado, y la forma en que se desarrollara su relación laboral con este en virtud de los principios que regulan y desarrollan la seguridad social.

Lo anterior, implica que cada forma de vinculación tenga una regulación y reglamentación propia, y en consecuencia, el ingreso a la función pública, la permanencia, derechos prestacionales y retiro, diferentes entre sí.

En las (Sentencia C-880, 2003) y (Sentencia C-314 , 2003) la Corte señaló que para determinar el régimen laboral aplicable a cada una de estas categorías, la doctrina recurre al criterio orgánico, ello tiene en cuenta la determinación de la naturaleza jurídica de la entidad estatal a la que el individuo está vinculado y, posteriormente, al criterio funcional que verifica la naturaleza de las labores que corresponden a su cargo.

A través del criterio orgánico se puede verificar la naturaleza de la entidad en la cual la persona desempeña sus funciones, Esto quiere decir que se debe identificar el tipo de entidad para determinar si es una entidad que desarrolla funciones administrativas como la Presidencia, los Ministerios o las Unidades Administrativas especiales, si es una empresa industrial y comercial del Estado, sociedades de economía mixta, empresas de servicios públicos domiciliarios privadas o mixtas y empresas sociales del estado. (Martínez Cárdenas & Ramírez Mora, 2008)

Con la identificación de la tipología de la entidad se podrá identificar a la vez el tipo de regulación en cuanto a la vinculación del servidor público.

El Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015, *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.”*, define en su artículo 2.2.5.1.3 los conceptos de empleado público y trabajador oficial, en los siguientes términos:

Empleados públicos y trabajadores oficiales. Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos y demás entidades públicas, son empleados públicos; sin embargo, los

trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos. (Decreto 1083, 2015)

De la norma antes citada, se observa que, la vinculación laboral con el Estado otorga generalmente la calidad de empleado público, teniendo en cuenta que, existen ciertas formalidades que deben ser atendidas para ello, como el nombramiento a través de un acto administrativo y la posesión, mientras que la calidad de trabajador oficial se obtiene cuando las funciones a desarrollar se centran en la realización de trabajos específicos y relacionados con obras públicas.

El criterio funcional consiste en establecer las funciones o labores puntuales que le corresponde a cada servidor desempeñar en virtud del cargo que ostenta, estos criterios ayudan a describir la noción de función pública, definición “que se erige entonces como la expresión que desde el punto de vista jurídico ha servido para identificar esta faceta de la Administración relacionada con la gestión del talento humano, vale decir, de las personas que bajo diversas modalidades, se encuentran vinculadas al Estado”. (Perilla Zamudio, 2013).

- **Desarrollo jurisprudencial de la prescripción de los derechos laborales de los empleados públicos que ostentan una relación legal y reglamentaria**

- **Sentencia 2003-00376-01 del 23 de septiembre de 2010**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 15 de febrero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que declaró probada de oficio la excepción de prescripción de derechos dentro de la demanda incoada.

El problema jurídico consistía en determinar si los demandantes tienen derecho a que el Municipio de Sitionuevo (Magdalena), les pague las prestaciones dejadas de percibir, o si por el contrario operó el fenómeno de la prescripción extintiva de derechos.

La prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva.

La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados so pena de perder dicha administración.

Es decir, una vez causado un derecho, se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo inicialmente ante la Administración y posteriormente en sede judicial; el solo hecho de reclamar ante la Administración, interrumpe el lapso de tiempo por otro periodo igual, lo que significa que inicia nuevamente a contarse los tres años.

En el caso concreto, los demandantes pretenden el reconocimiento de sus salarios y prestaciones de los años contemplados entre 1991 a 1998.

Es decir, que los derechos que se causaron en 1991, tenían hasta 1994 para solicitarlos, de igual forma los de 1992, hasta 1995, los de 1993 hasta 1996 y así consecutivamente; como la solicitud en sede administrativa se realizó el 24 de agosto de 1998, los derechos causados con anterioridad al 24 de agosto de 1995 no interrumpieron la prescripción y por lo tanto les operó el fenómeno prescriptivo.

Los derechos causados con posterioridad al 24 de agosto de 1995, interrumpieron la prescripción el 24 de agosto de 1998, por un lapso igual al término de tres años, los cuales se contarán a partir de ese momento.

Lo anterior significa que la prescripción de los derechos señalados operó el 24 de agosto de 2001 para el caso de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968, los cuales se hicieron exigibles, en cada caso, para los años reseñados en cada solicitud.

La demanda fue interpuesta el 3 de abril de 2003, fecha en la cual ya había operado el fenómeno de la prescripción de derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968.

**- Sentencia 2003-01606-01 del 3 de junio de 2010**

El consejo de Estado, decidió sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en primera instancia, en la cual, se negó las pretensiones de la demanda.

La actora, solicitaba la nulidad del acto administrativo por el cual se le negó el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales, así como el acto ficto negativo producto de la falta de respuesta a su petición. Por su parte, a título de restablecimiento, solicitaba el consecuente

reconocimiento y pago de diversos emolumentos laborales y las respectivas prestaciones sociales.

En dicha providencia, el Alto Tribunal, procedió a estudiar si sobre algunos de los conceptos salariales y prestacionales sobre los que materialmente tiene competencia la Sala para efectuar un pronunciamiento de fondo, ha operado el fenómeno prescriptivo trienal.

Al respecto, indicó la corporación que, el artículo 41<sup>3</sup> del Decreto 3135 de 1968<sup>4</sup> regula la prescripción de las prestaciones de que trata dicho cuerpo normativo, vacaciones, prima de navidad, auxilio funerario, pensiones de invalidez y vitalicia de jubilación o vejez, auxilios por enfermedad o por maternidad, subsidio familiar, entre otras. La ausencia de norma expresa que regule esta figura respecto de otros derechos laborales, no incluidos en el Decreto citado, no implica la imprescriptibilidad de los mismos; por vía de analogía debe aplicarse la disposición normativa contenida en el artículo 151 del C.P.T. y siguientes<sup>5</sup>, a menos que existan cánones que regulen este tópico en puntos específicos.

En la sentencia, finalmente se declaró la ocurrencia del fenómeno prescriptivo trienal frente algunos conceptos de carácter laboral pretendidos por la accionante.

---

<sup>3</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.

<sup>4</sup> En igual sentido se consagra la prescripción en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968.

<sup>5</sup> “Artículo 151 del C.P.T. y de la S.S. 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.”.

- **Sentencia 2010-00080-01 del 29 de noviembre de 2012**

Mediante providencia del 29 de noviembre de 2012, la sección segunda de la sala de lo contencioso administrativo, decidió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en la cual se declaró probada la excepción de prescripción.

En segunda instancia, el problema jurídico, se centró en determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, o si por el contrario, en este caso concreto operó el fenómeno jurídico de la prescripción de los derechos reclamados.

En sus consideraciones, la sala reitera lo que la Subsección ha considerado en anteriores oportunidades, en el sentido que, la prescripción -a diferencia de la caducidad que se predica respecto del ejercicio del derecho de acción-, es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva.

Se resalta que, la prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados.

Manifiesta la corporación en el proveído, que la prescripción de derechos del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público.

Es decir, una vez la obligación es exigible, el empleado público cuenta con un lapso de tres años para reclamarla y, el solo hecho de peticionar ante la Administración, interrumpe el término prescriptivo.

Precisa, además, que la sección segunda, ha considerado que el término de prescripción trienal previsto en las disposiciones transcritas, se extiende analógicamente a los demás derechos laborales de los servidores públicos, por existir un vacío legal, por ende, en el caso concreto, se confirmó el proveído impugnado que declaró la excepción de prescripción de los derechos invocados por el actor.

- **Sentencia de unificación de jurisprudencia 2011-00628-01 CE-SUJ2-004-16, del 25 de agosto de 2016.**

En el presente proveído, el Consejo de Estado, unifica jurisprudencia, y manifiesta que, las cesantías constituyen un “ahorro” del trabajador, a ser reclamado al terminar su relación laboral, con el objeto de cubrir la contingencia de quedar cesante. Al tener esa naturaleza de ahorro, producto de un emolumento -prestación- causado a su favor durante ese vínculo, no se puede predicar la prescripción respecto de las sumas que la componen, así ocurría respecto de las cesantías bajo la modalidad de liquidación con retroactividad y así ha de predicarse respecto de las mismas, bajo el régimen de liquidación anualizado (...)Respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado. No obstante, cuando se trata de la



consignación de las cesantías definitivas, si la mora no se produce por negligencia del empleador, sino por una causa atribuible al empleado, sí procede el fenómeno prescriptivo, pues en tal caso, la omisión de este último en cumplir los requerimientos que el empleador hace para disponer su pago, no puede constituir un beneficio a su favor. En los anteriores términos se precisa que las cesantías anualizadas no están sometidas al fenómeno prescriptivo, mientras que las definitivas sí están sujetas a ese fenómeno.

Así mismo, señala que, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”. Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación. Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles. Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151 (...). La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos

de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990.

Anota que, la prescripción trienal de la sanción moratoria, incluso durante la vigencia del vínculo laboral, está más acorde, no solo con la realidad fáctica de la controversia, sino con la disposición legal que la consagra, como se explica: De acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el legislador impuso al empleador una fecha precisa para que consigne las cesantías anualizadas de sus empleados, esto es, el 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causaron, y precisa que “el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

Determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación, implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento. Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial. (...)

La Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se

causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente.

- **Sentencia 2011-00734-01 del 12 de octubre de 2016**

La Sala resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2012 por el Tribunal Administrativo del Atlántico que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

El problema jurídico giró en torno a establecer la prescripción de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, al respecto empezó por determinar que la prescripción se entiende como el “fenómeno extintivo de derechos y obligaciones que opera por la omisión en el ejercicio de las acciones pertinentes una vez transcurrido el lapso de tiempo legal establecido para ello, a partir de la fecha de su exigibilidad” (Fallo 2011-00734-01, 2016).

Indicó también que este tema fue estudiado por la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de fecha 25 de agosto de 2016 identificada con el número de radicado: 201100628-01 con ponencia del Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, mediante la cual la Sala unificó el criterio jurisprudencial para señalar que en lo relativo a prescripción de la sanción moratoria, para el caso de los empleados públicos, se debía aplicar lo dispuesto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, el cual prevé el término para que prescriba una acción emanada de las leyes sociales será de 3 años contados a partir del momento en que la obligación se haga exigible y que el reclamo escrito ante la autoridad pública competente, interrumpiera ese término por un lapso igual.

- **Desarrollo jurisprudencial sobre la prescripción de los derechos laborales derivados de la declaratoria de contrato realidad**

La posición del Consejo de Estado, acerca de la prescripción de los derechos derivados del contrato realidad no ha sido pacífica, y como se comprobará a continuación, si bien existe una línea jurisprudencial al respecto, esa corporación ha sido enfática al señalar que la aplicación del precedente está condicionada a los elementos facticos de cada caso, debido a que, dependiendo de las condiciones particulares de cada situación, en virtud de proteger principios como el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, ese alto tribunal se ha alejado del precedente.

- **Sentencia 2005-01032 -01 del 19 de abril de 2012**

El problema jurídico a resolver por la Sala de lo contencioso administrativo de la sección segunda del Consejo de Estado en el caso estudiado en esta providencia, se concentró en determinar por un lado, la existencia de la relación laboral en calidad de servidor público que alegaba el actor, y de otra parte, si de esa relación laboral sobrevenía el reconocimiento de los derechos prestacionales y salariales respectivos.

Frente al primer problema, la Sala empezó por realizar un recuento conceptual del alcance del contrato de prestación de servicios frente al contrato laboral, y determinó que este último es desvirtuado cuando se acredita la subordinación o dependencia del empleador frente a lo cual nace el derecho al pago de las prestaciones sociales, ello por cuanto prima el principio de la realidad sobre las formas, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 53 superior.

Una importante consideración que realizó esta corporación en esta sentencia, corresponde a que estableció que el reconocimiento de la relación laboral no implica conferir la condición de empleado público, teniendo en cuenta que, lo dicho por su jurisprudencia, el simple hecho de

trabajar para el Estado no genera esa calidad, ya que para ostentarla se hace necesario que se cumplan con todos los requisitos señalados en la Constitución y en la ley.

Anotó además, el Tribunal de cierre de esta jurisdicción, que la relación que surge entre el contratista y la entidad contratante implica el cumplimiento de actividades de coordinación las cuales permiten el desarrollo del contrato, así “el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados,” (Fallo 2005-01032-01, 2012) son situaciones que no generan una dependencia por lo que no dan lugar a la configuración de una relación laboral.

- **Sentencia 2014-02215-00 de 20 noviembre de 2014**

Mediante sentencia de fecha 25 de junio de 2014 el Tribunal Administrativo de Bolívar concedió las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho reconociendo la existencia de la relación laboral, y el derecho a que le fueran canceladas al actor las prestaciones sociales y salariales que de tal declaración se derivaran.

La entidad demandada interpuso la acción de tutela, cuyo fallo se analiza, por considerar vulnerados sus derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia, al desconocerse el precedente del Consejo de Estado, el cual predica que quien busque el reconocimiento de la existencia de la relación laboral debe hacerlo en un término prudente (3 años a partir de finalizada la relación contractual) y en cuanto al reconocimiento y pago de los derechos prestacionales derivados, debe promoverse la solicitud dentro del término de 3 años, so pena de que opere la prescripción de los mismos.

La Sala analizó que en el caso concreto, la solicitud del reconocimiento de la existencia de la relación laboral, se realizó 10 años después de finiquitada la relación contractual, por lo que no

se atendió al criterio jurisprudencial del término prudente de los 3 años, así la decisión del Tribunal Administrativo de Bolívar de conceder las pretensiones de la demanda aplicó erróneamente el precedente judicial, por que no existía identidad fáctica, y reiteró que “el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama” (Fallo 2014-02215-00, 2014).

El Consejo de Estado a través de esta sentencia de tutela, resaltó:

La importancia de solicitar en tiempo el reconocimiento de los derechos labores, pues si bien es cierto ha considerado que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, también es cierto que, el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama.

A raíz de las anteriores consideraciones, la Sala encontró acreditado la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, al desconocerse el precedente, por lo que concedió el amparo de los derechos vulnerados de la entidad.

Y en ese sentido dejó sin efectos, la providencia del 25 de junio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, ordenándole a esa autoridad judicial, que emitiera una decisión de acuerdo al precedente judicial aplicable al caso.

- **Sentencia 2012-00016 del 19 de enero de 2015**

El asunto a resolver mediante esta sentencia, se refiere a la resolución del recurso de apelación interpuesto por ambos extremos procesales, respecto de la declaratoria de la relación laboral en la sentencia de primera instancia mediante el reconocimiento del contrato realidad subsistente.

En ese sentido, la Sala determinó que el problema jurídico a resolver, se centraba en establecer si al demandante le asistía el derecho al reconocimiento del contrato realidad. En virtud de lo anterior, realizó una revisión de la jurisprudencia sobre el contrato realidad, señalando que, en el ordenamiento jurídico colombiano (Ley 80 de 1993, art. 32) existe la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades públicas y que la jurisprudencia de la Corte Constitucional al efectuar el estudio de exequibilidad de dichas normativas determinó que, ese tipo de relación contractual es posible siempre y cuando no se utilice para esconder un verdadero vínculo laboral que prive al trabajador de sus derechos y acreencias laborales, las cuales por la naturaleza misma del contrato de prestación de servicio solo surgen mediante la presencia de los elementos esenciales de las relaciones laborales: subordinación, remuneración y prestación personal del servicio.

No obstante, esta sentencia señaló que el Consejo de Estado ya ha determinado el alcance de estos elementos respecto del contrato de prestación de servicios, debido a que entre el contratante y el contratista puede existir una relación coordinada para el desarrollo eficiente del contrato que implique el cumplimiento de un horario, recibir instrucciones de los superiores o reportar informes sobre resultados, debido a que, para que se considere una verdadera relación laboral, se debe probar que la labor se desempeñó bajo las mismas condiciones de subordinación y dependencia que cualquier otro servidor público de la respectiva entidad.

La razón de ser de suscribir un contrato de prestación de servicios, indicó esta sentencia, que se restringe exclusivamente “a aquellos casos en los que la entidad requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional” (Fallo 2012-00016-01, 2015), labores que se requieren para el normal funcionamiento de la entidad pues de contratarse por prestación del servicio “se desdibuja la relación contractual”.

En consecuencia, cuando se está ante una relación laboral, que ha sido disfrazada como una contractual, además de ese reconocimiento, se deben reconocer también las prestaciones sociales que dejaron de cancelarse, y respecto de la prescripción de los derechos prestacionales, se ha concluido que, no prescriben debido a que, no pueden exigirse sino hasta la sentencia que reconoce la relación laboral, recordemos que esta dicha providencia es de carácter constitutivo, de tal suerte que “a partir del fallo nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo”.

El reconocimiento de la relación laboral, debe hacerse en un término prudencial, y en la sentencia analizada, se indicó como término prudencial, el de la prescripción de los derechos que pretende, los cuales surgen a partir de la sentencia constitutiva, por lo que dicho término será de 3 años.

La trascendencia jurídica de la sentencia estudiada, corresponde a que, además de señalar el término de 3 años para la reclamación de la declaración del contrato realidad, preceptuó que:

En la actualidad, se ha determinado que el plazo razonable en el que se debe petitionar el pago de las prestaciones derivadas del vínculo laboral, es de 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato; fecha que *mutatis mutandi* puede asimilarse al acto de



retiro, acorde con lo estipulado por el artículo 66 del C.C.A., en armonía con los principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los administrados.

- **Sentencia 02215-01 12 de febrero de 2015**

En esta oportunidad, el Consejo de Estado examinó y resolvió una impugnación de un fallo de tutela de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en donde el recurrente alegaba una mala aplicación del precedente al no declarar el A quo la existencia de la relación laboral y el derecho al pago de las prestaciones resultantes bajo los postulados de la sentencia dictada por la Sección Segunda de esta Corporación el 19 de febrero de 2009.

Sea lo primero indicar que en dicha providencia se empezó por establecer una diferenciación entre la prescripción del derecho a que se declare la existencia de la relación laboral, la cual es operable a partir de pasados los tres años desde la última terminación del contrato de prestación de servicios y otra es la prescripción de las prestaciones sociales nacientes una vez se reconoce la existencia de la relación laboral, en este caso la prescripción se empieza a contar 3 años a partir de la sentencia constitutiva.

Sin embargo en el caso estudiado, la alta corporación encontró que, el accionante realizó la reclamación 10 años después de terminada la relación contractual, considerando que tal actitud no era coherente con la jurisprudencia, que señala el deber de que la reclamación sea interpuesta en un término prudencial.

Este deber, se planteó en la sentencia del 19 de febrero de 2009, que pretendía el actor le fuera aplicado como precedente, no obstante, la Sala verificó que los elementos facticos y jurídicos del caso concreto estaban alejados de los parámetros configurados en el precedente jurisprudencial.

De tal suerte que, la prescripción del derecho a reclamar la existencia de la relación laboral, sin importar que la sentencia tenga carácter constitutivo y que el término de “la 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” (Fallo 02215-01, 2015).

La sentencia del 19 de febrero de 2009, señaló 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.

De acuerdo con lo anterior, el Consejo de Estado concluyó que, el cargo por desconocimiento del precedente en el fallo de primera instancia, propuesto por el recurrente, no está llamado a prosperar, debido a que, las afirmaciones en que fue sustentado carecen de asidero fáctico y jurídico.

Además de lo anterior, esta jurisprudencia dio unas valiosas indicaciones, respecto a la imprescriptibilidad de algunas prestaciones, independientemente de que el reconocimiento de la existencia de la relación laboral no se realice dentro del término razonable, debido a que son “garantías de orden público y que, como tal, se encuentran excluidas de ser afectadas por el fenómeno de la prescripción, tal y como ocurre con los aportes al sistema de seguridad social, tanto en salud como en pensiones, que se ocasionen en virtud de la sentencia que declare, en esos términos, la primacía de la realidad sobre las formas”.

- **Sentencia 2014-01611-01 del 4 de mayo de 2015**

Mediante el fallo 01611 del 4 de mayo de 2015 el Consejo de Estado, identificó cuatro criterios o posiciones asumidas por la jurisprudencia respecto de la prescripción de los derechos derivados del contrato realidad:

Se identifican cuatro momentos, criterios o posiciones en lo que concierne a la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción en el contrato realidad: (i) la prescripción trienal se cuenta desde terminación de último contrato de prestación de servicios; (ii) la prescripción trienal se cuenta desde la sentencia constitutiva de la relación laboral; (iii) la prescripción trienal se cuenta desde la sentencia declarativa, pero el contratista debe reclamar sus derechos a la administración dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato; (iv) la prescripción trienal se cuenta desde la sentencia declarativa, pero el contratista debe reclamar sus derechos a la administración dentro de los 5 años siguientes a la terminación del último contrato. (Fallo 2014-01611-01 , 2015)

Para poder identificar estas cuatro posturas, en la referida sentencia la Sala realizó un minucioso análisis de la evolución de la jurisprudencia respecto de la dinámica de la prescripción y los derechos que surgen frente al contrato realidad.

La primera tesis, se refiere al momento en que se debe empezar a contabilizar la prescripción trienal de los derechos surgidos de la relación laboral, indicando que será a partir de la ejecutoria de la sentencia que la declara, pues solo a partir de ese momento es posible predicar su exigibilidad.

Se precisó además que, en un principio, la jurisprudencia de esta Corporación entendía lo prescrito en el Decreto 3135 de 1968 y en el Decreto 1848 de 1969, en el sentido de que quienes

reclamaran los derechos derivados de la existencia del contrato realidad, solo se les pudieran reconocer las acreencias causadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha en la que se presentó la respectiva petición a la administración.

Posteriormente se sustentaron las decisiones judiciales en la tesis creada en la Sentencia de fecha 19 de febrero de 2009, con ponencia de la Dra. Berta Lucía Ramírez de Páez, que pregonaba que la prescripción trienal debía tener como punto de partida la fecha en la que era exigible la providencia judicial que declaró la existencia de la relación laboral. Sin embargo observó la Sala en la sentencia analizada que esa tesis solo era aplicable para aquellos contratistas que habían realizado la declaración del contrato realidad dentro del término de los 3 años.

Así finaliza concluyendo la referida sentencia, luego de todo ese análisis de la evolución jurisprudencial de este Alto Tribunal: que uno es el término para reclamar las prestaciones y acreencias derivadas de la existencia de la relación laboral; y otro, muy diferente, es el tiempo prudencial en el que se debe exigir que se declare el contrato realidad.

- **Sentencia 2013-00334-01 del 4 de febrero de 2016**

En la providencia de la referencia, el Consejo de Estado analizó como opera el fenómeno jurídico de la prescripción, aun cuando en el asunto objeto de debate se reclaman las prestaciones derivadas de un contrato realidad.

La trascendencia jurídica de esta decisión, es que en él se realizó un estudio de los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado respecto de la declaratoria de la relación laboral mediante el contrato realidad, pero además se señaló, una vez que la jurisprudencia de esta corporación estableció que la sentencia es constitutiva se presentaron un sin número de

demandas buscando la declaración de relaciones laborales por la existencia de contrato realidad y también el reconocimiento de derechos salariales y prestacionales sin importar el momento de terminación del contrato, por lo que se presentaron reclamaciones por relaciones que habían finalizado incluso hace más de 10 años.

Teniendo en cuenta lo anterior, mediante la sentencia de fecha 9 de abril de 2014 con ponencia del Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, se precisó que si bien la tesis que se venía aplicando implicaba que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de la relación laboral se hacía exigible a partir de la sentencia que la declaraba, dicha reclamación debía hacerse, bien fuera ante la administración o ante el Juez en un término prudencial que no excediera la prescripción de los derechos que reclamaban.

Se reiteró que, una vez finalice la relación contractual se tiene un término no mayor de 3 años para que se exija el reconocimiento de las prestaciones generadas ello con el fin de evitar que se configure el fenómeno jurídico de la prescripción de los derechos.

En vista de las anteriores precisiones, en el Fallo analizado, se consideró que se debe tener en cuenta dos aspectos siempre que se esté frente al análisis de la prescripción de derechos derivados del contrato realidad:

- La declaratoria de la existencia de la relación laboral.
- Los efectos que se pueden derivar de dicha declaratoria. (Fallo 2013-00334-01, 2016)

En cuanto a la declaratoria de la existencia de la relación laboral, se reiteró que se deben acreditar los tres elementos propios de este tipo de vínculo, los cuales ya se han mencionado: prestación personal del servicio, subordinación y contraprestación directa por el servicio prestado.

Mientras que sobre los efectos que se derivan de dicha declaratoria como se trata de una sentencia constitutiva del derecho, no habría lugar a sancionar al beneficiario con la prescripción del derecho que se reclama. No obstante se recalcó que, la solicitud debe realizarse por el interesado dentro de un término prudencial que no puede superar el de la prescripción de los derechos prestaciones, es decir, 3 años contados desde el momento en que finaliza la relación contractual, debido a que se configuraría la prescripción de los derechos salariales y prestaciones que han surgido con ocasión de la relación laboral.

De tal forma que el estudio de la prescripción tiene lugar una vez ha sido reconocida la relación laboral, pues la prescripción se pregona sobre los derechos prestaciones.

- **Sentencia 2011-00632-01 de 12 de octubre de 2016**

Con en el estudio efectuado por el Consejo de Estado en esta sentencia, por medio de la cual se resolvió un recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 30 de abril de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

En la sentencia referenciada de segunda instancia, se reiteró la postura que sustenta que la prescripción es un “fenómeno extintivo de derechos y obligaciones que opera por la omisión en el ejercicio de las acciones pertinentes una vez transcurrido el lapso de tiempo legal establecido para ello, a partir de la fecha de su exigibilidad” (Fallo 2011-00632-01, 2016).

Se determinó además que, en los asuntos relativos a sanción moratoria, se debe aplicar el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, donde se indica que que el término de prescripción de 3 años, se debe contar a partir de la fecha en que la obligación se hace exigible y su interrupción pero solo por un lapso igual, tiene lugar con el simple reclamo escrito del

interesado, el cual para el caso de los empleados públicos deberá presentarse ante la autoridad pública competente.

Por otra parte se deja claridad en que la sanción moratoria, en los casos en los cuales se busca su reconocimiento y pago,

Se hace exigible a partir del momento en que el empleador incumple el deber de consignar el valor correspondiente a la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente (sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo), en cuenta individual del trabajador dentro del plazo legal (antes del 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causó la prestación).

Así las cosas, no es posible establecer la exigibilidad de la obligación a partir de la terminación de la relación laboral, por cuanto allí se genera el deber de reconocimiento o pago de las cesantías definitivas o la porción debida, cuyo incumplimiento deviene en la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, la cual se configura en el evento en que se solicite el retiro parcial o definitivo del valor causado por dicho concepto y el empleador incumpla con el término legal para su reconocimiento o el pago se hiciera de manera tardía directamente al empleado afiliado.

La jurisprudencia en este sentido tiende a ser reiterativa, sin planteando nuevas posturas y manteniendo una línea jurisprudencial un tanto inmutable, por lo que sobre este tema en particular, sobre la prescripción de la sanción moratoria, se maneja una tesis fija y uniforme.

## Capítulo III

### **Análisis crítico al cómputo e interrupción de la prescripción trienal de los derechos laborales de los empleados públicos y contratistas del Estado**

En palabras de Bechara Llanos (2014): “es así que en una visión del Estado social de derecho, la justicia contencioso administrativa debe proveer mecanismos, que garanticen el cumplimiento de sus postulados y principios rectores a la luz de la evolución del Estado de derecho, como esta de protección de los mecanismo legales y disposiciones jurídicas, en el carácter de una justicia que debe adecuarse a los avances del Estado de derecho, ahora social, en la garantía y protección de los derechos fundamentales”.

La prescripción de los derechos laborales, responde a los criterios jurídicos de razonabilidad y proporcionalidad que deben imperar en el ordenamiento jurídico, pero también es una manifestación del principio de seguridad jurídica porque brinda cohesión y estabilidad a la dinámica de las relaciones laborales, y recordemos que, la prescripción implica la pérdida del derecho en cabeza del trabajador y la cesación de la obligación del empleador, ya que se configura la pérdida de la oportunidad para hacer la respectiva reclamación.

En el análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado que se adelantó en el capítulo anterior, se estudiaron dos grupos de jurisprudencias: uno que desarrollaba los pronunciamientos sobre la prescripción de los derechos prestacionales y salariales de los empleados públicos que ostentan una relación legal y reglamentaria y los que se referían a la prescripción del reconocimiento de la existencia de la relación laboral y el reconocimiento de los derechos prestacionales que de ella se derivan cuando se está frente a un contrato realidad.

Respecto del primer grupo de jurisprudencias (**prescripción de los derechos prestacionales y salariales de los empleados públicos que ostentan una relación legal y reglamentaria**),



debemos anotar que no pareciera que se generase mayor controversia cuando se trata de establecer el momento en que se empieza a contar el término de la prescripción, principalmente por dos razones, la primera, porque existen normas que regulan el asunto,- como son el Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1848 de 1949-, y dichas leyes en sus artículos 41 y 102, respectivamente, fijan las reglas para contabilizar dicho término, y la segunda razón es porque cada prestación, como por ejemplo el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, tiene un momento en el que debe ser reconocida porque es cuando se genera el derecho, es decir son prestaciones que están condicionadas a eventualidades específicas para que pueda surgir el derecho, así para que haya lugar al reconocimiento de la sanción moratoria, se requiere que el empleador se retrase injustificadamente en el pago de las cesantías.

Lo mismo ocurre frente al reconocimiento de la pensión de jubilación, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado respecto de la imprescriptibilidad de los derechos derivados de la seguridad social (Fallo 2016-00958-01, 2016).

En cuanto al segundo grupo de sentencias estudiadas (**prescripción del reconocimiento de la existencia de la relación laboral y el reconocimiento de los derechos prestacionales y salariales que de ella se derivan cuando se está frente a un contrato realidad**) se identificaron cuatro posturas que han sido asumidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado para resolver ese tipo de casos:

- 1) la prescripción trienal se cuenta desde terminación de último contrato de prestación de servicios;
- 2) la prescripción trienal se cuenta desde la sentencia constitutiva de la relación laboral;

- 3) la prescripción trienal se cuenta desde la sentencia declarativa, pero el contratista debe reclamar sus derechos a la administración dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato;
- 4) la prescripción trienal se cuenta desde la sentencia declarativa, pero el contratista debe reclamar sus derechos a la administración dentro de los 5 años siguientes a la terminación del último contrato.

Actualmente el Consejo de Estado resuelve este tipo de casos utilizando la tesis 3, contabilizando la prescripción trienal desde la sentencia declarativa, pero el contratista debe reclamar sus derechos a la administración dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato, es decir se hace necesario que la reclamación se haga dentro de un término prudencial.

No obstante, al estudiar cada caso, la Alta Corporación, revisa los fundamentos fácticos y jurídicos, para emitir sus pronunciamientos, en consonancia, con la tesis antes señalada.

Ahora bien, consideramos que la aplicación de esta tesis implica que, en cierta medida se imponga una carga superior en el contratista, quien se ha visto aminorado en sus derechos laborales por encontrarse sumido en una verdadera relación laboral disfrazada.

Dicha desigualdad es manifiesta, porque las expectativas que tiene un empleado público que ostenta una relación legal y reglamentaria son distintas a las que tiene un contratista, y cuando se oculta la relación laboral en perjuicio de este último, lo que se declara es una relación laboral de hecho, sin encontrarse el contratista con la investidura de empleado público, porque para ello se requiere un acta de nombramiento acorde a la ley y además del cumplimiento de unos requisitos. Así las cosas, el contratista inmerso en la relación laboral de hecho, no podrá aspirar a obtener los mismos beneficios que el empleado público, tal situación es entonces desequilibrada y al

sumársele la observancia de un tiempo prudencial para reclamar, al contratista le corresponde hacer la reclamación, sujeto a meras expectativas de que le reconozcan vía judicial, en primera instancia la relación laboral, mientras que el empleado público que reclama el reconocimiento y pago de sus derechos prestacionales y salariales, ya entra a la contienda jurídica con la relación laboral reconocida.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha señalado las formas en las que puede manifestarse la vinculación laboral a la administración pública, en atención al principio de primacía de la realidad sobre las formas.

Para la Corte, la vinculación a la administración pública puede efectuarse mediante (i) un vínculo reglamentario o contractual de los cuales surge una relación laboral que origina prestaciones sociales o (ii) mediante un contrato de prestación de servicios del cual derivan no derivan derechos prestacionales ni beneficios de tipo laboral. Sin embargo, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación es posible que de facto el contrato de prestación de servicios cambie su naturaleza hacia un vínculo de carácter laboral, cuando se acreditan materialmente la prestación personal, continuada, subordinada y remunerada de un servicio. (Sentencia C- 426, 2015).

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas, es el principio reinante en la función de proteger las relaciones laborales, debido a que,

Tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral tanto frente a particulares como al Estado, cuando se prueba el cumplimiento de una prestación personal, continuada, subordinada y remunerada de un servicio.

Así las cosas, configurada la relación laboral de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales iguales a las que gozan las personas que cumplen con sus mismas funciones vinculadas de manera regular, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

Luego, se garantizan los derechos laborales de quienes han sido vinculados de manera irregular y han prestado sus servicios en igualdad de condiciones a servidores públicos, reconociendo los mismos derechos y acreencias laborales que estos gozan. (Sentencia C-426, 2015)

A pesar de que la Ley 80 de 1993, al definir el contrato de prestación de servicios estableció las causales bajo las cuales podría la Administración celebrar este tipo de contratos, en la práctica es común ver, que bajo esta modalidad se suelen contratar, incluso funciones que son inherentes a la misión de la entidad y que para nada son accidentales o transitorias, siendo entonces que el contratista termina desarrollando las mismas labores que el personal de planta de la entidad y bajo las mismas condiciones de dependencia y subordinación, pero obviándosele el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

La Corte Constitucional, al respecto, ha señalado que:

Existirá una relación laboral o reglamentaria según el caso cuando: “i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado.” Además de los tres elementos propios de las relaciones laborales, la permanencia en el empleo es un criterio determinante para reconocer si en un caso concreto se presenta una relación laboral (Sentencia T-040 , 2016)

En ese sentido, el termino prudencial que deben atender los contratistas, en comparación a los empleados públicos, podría resultar una venia a la Administración para que esta continúe celebrando de forma indiscriminada este tipo de contrato que tiene, como ya se dicho, unos requisitos específicos.

La tesis del término prudencial, debe ser reconsiderada en cuanto, hasta que medida es “prudencial” frente a las prestaciones que los contratistas reclaman, porque estamos hablando de derechos derivados de la seguridad social, derecho fundamental que goza de especial protección.

Lo que se pretende no es que se desestime esta tesis del todo, teniendo en cuenta que, estamos de acuerdo con el necesario papel de la prescripción como figura procesal que equilibra las cargas dentro de la dinámica del ordenamiento jurídico, sino que, se revalúe las condiciones en que se declara la relación laboral del contratista, sin que la búsqueda de justicia sea más onerosa de lo que ya lo es.

Otra crítica que surge, de cara a las reflexiones de la aplicación de la tesis del término prudencial, para solicitar el reconocimiento de la relación laboral y de las prestaciones correspondientes frente a un contrato realidad y so pena de que opere la prescripción de tales derechos, es que en cualquier caso la vinculación que hace el Estado, aunque sea de carácter contractual, tiene claras repercusiones en el aspecto laboral, ya que cualquier trabajador de acuerdo a los postulados del Estado Social de Derecho, sin importar su forma de vinculación, debe gozar de las prerrogativas constitucionales a través de las cuales pueda hacer valer sus derechos laborales al considerarlos trasgredidos por la posición dominante que en la relación adquiere la Administración.

A pesar de gozar de esas garantías, quienes laboran con el Estado bajo ciertas condiciones como es el caso de los contratistas a quienes se les oculta la relación laboral, se le imponen límites al ejercicio de sus derechos tales como las formas de vinculación, que encasillan la labor del individuo impidiéndole conseguir el reconocimiento de sus prestaciones en un mismo escenario de igualdad y dejándolo a merced del cumplimiento de requisitos que no afectan de la misma

forma a los empleados públicos, a quienes, como ya decíamos, reclaman sus acreencias laborales con la relación laboral ya reconocida, mientras que el contratista debe primero conseguir dicho reconocimiento para luego buscar la concesión de sus derechos, lo cual se torna dispendioso para el mismo, por cuanto todas las personas que se encuentren vinculadas de alguna forma laboralmente con el Estado deberían poder gozar de sus derechos laborales sin que ello implique la vulneración de su derecho a la igualdad para efectuar las reclamaciones a que consideren tengan derecho en materia laboral.

### **Conclusión**

La tesis del Consejo de Estado para hacer frente al estudio de la prescripción de los derechos que surgen del reconocimiento de la existencia de la relación laboral ante el contrato realidad, se fundamenta en la verificación de que la respectiva reclamación haya sido presentada en un término prudencial. Pero tales pronunciamientos, se han sostenido tanto en esa tesis como también en los siguientes postulados:

- 1) la prescripción trienal se cuenta desde terminación de último contrato de prestación de servicios;
- 2) la prescripción trienal se cuenta desde la sentencia constitutiva de la relación laboral;
- 3) la prescripción trienal se cuenta desde la sentencia declarativa, pero el contratista debe reclamar sus derechos a la administración dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato;
- 4) la prescripción trienal se cuenta desde la sentencia declarativa, pero el contratista debe reclamar sus derechos a la administración dentro de los 5 años siguientes a la terminación del último contrato.

Los postulados antes mencionados, tienen que ver con el momento en el cual se debe empezar a contabilizar el término de la prescripción, que como ya se había indicado en los acápites desarrollados, frente a ese punto es que se concentra el debate respecto de la operancia de la prescripción trienal.

Como quedó demostrado del análisis jurisprudencial abordado, cuando se trata de resolver cuestiones relativas a la prescripción de los derechos laborales de un empleado público, vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, no denota mayores inconvenientes debido a que el tema está regulado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1949, así como en la línea jurisprudencial uniforme que ha proferido el Máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativo. Sin embargo, cuando se trata del reconocimiento de los derechos que surgen del contrato realidad y la posibilidad de que estos prescriban, la jurisprudencia maneja la tesis del término prudencial, antes referida, pero hemos llegado a la conclusión que esta forma de interpretación del alcance de la figura de la prescripción, es una desventaja para el contratista que ve afectados sus derechos laborales en una relación laboral encubierta, sin que le sean reconocidas las prestaciones a las que tendría derecho, si hubiese estado vinculado laboralmente con la Administración.



## Referencias Bibliográficas

### Leyes y Códigos:

Código Civil . (1887). *Ley 57*.

Constitución Política . (1991). *Artículo 123*.

Decreto 3135 de 1968.

Decreto 1848 de 1949.

### Revistas especializadas:

Lorduy Jiménez, L. C., & Charrasquiél Vázquez, H. (2011). *Prescripción de las cesantías desde una perspectiva obligacional y constitucional*. Recuperado el 6 de octubre de 2016, de Universidad de Cartagena: <http://190.242.62.234:8080/jspui/bitstream/11227/210/1/TESIS%202....pdf>

Martínez Cárdenas, E. E., & Ramírez Mora, J. M. (noviembre de 2008). *Régimen del Servidor Público: Programa de Administración Pública Territorial*. Recuperado el 5 de octubre de 2016, de Escuela Superior de Administración Pública - ESAP: [http://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2015/08/2\\_regimen\\_del\\_servidor\\_publico.pdf](http://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2015/08/2_regimen_del_servidor_publico.pdf)

Beltrán Sierra, A. (2013). *Interrupción de la prescripción de conformidad con el Código General del Proceso*. Recuperado el 5 de octubre de 2016, de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/08alfredo-beltran-sierra.pdf>

Bonett Ortíz, S. A. (1 de julio de 2010). *La Prescripción en derecho laboral y seguridad social*. Recuperado el 8 de julio de 2016, de <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/36/Samir%20Alberto%20Bonett.pdf>

Díaz Garaycoa, F. (21 de marzo de 2011). *Consideraciones sobre la prescripción de los Derechos Laborales*. Recuperado el 5 de octubre de 2016, de [http://www.industrias.ec/archivos/file/INFORMACION%20PARA%20AFILIADOS/CONSIDERACIONES\\_SOBRE\\_LA\\_PRESCRIPCION\\_DE\\_LOS%20DERECHOS\\_LABORALES.pdf](http://www.industrias.ec/archivos/file/INFORMACION%20PARA%20AFILIADOS/CONSIDERACIONES_SOBRE_LA_PRESCRIPCION_DE_LOS%20DERECHOS_LABORALES.pdf)

Pacheco Zerga, L. (2012). *Revista Diálogo con la jurisprudencia*. Recuperado el 2 de diciembre de 2016, de La prescripción de los derechos laborales: Un análisis sobre la jurisprudencia: <https://luzpacheco.files.wordpress.com/2011/11/la-prescripcic3b3n-de-los-derechos-laborales-un-anc3a1lisis-desde-la-jurisprudencia.pdf>

Perilla Zamudio, J. F. (24 de abril de 2013). *Empleados públicos y trabajadores oficiales: un concepto análogo a la luz del ordenamiento legal colombiano vigente*. Recuperado el 2 de diciembre de 2016, de REVISTA ITER AD VERITATEM No. 11, 2013. p. 87-102: <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/viewFile/573/696>

UNAD. (7 de febrero de 2015). *Universidad Nacional Abierta y a Distancia - UNAD*. Recuperado el 7 de diciembre de 2016, de Módulo de gestión pública y derecho administrativo: [http://datateca.unad.edu.co/contenidos/109133/eXe\\_109133/Modulo/MODULO\\_EXE/leccin\\_2\\_los\\_servidores\\_publicos.html](http://datateca.unad.edu.co/contenidos/109133/eXe_109133/Modulo/MODULO_EXE/leccin_2_los_servidores_publicos.html)

Bechara Llanos, A. Z. (2014) El acceso a la justicia contencioso administrativa como derecho fundamental efectivo. (Y. Carrillo De la rosa, Ed.) REVISTA JURÍDICA MARIO ALARIO D'FILIPPO, VI (11), pág. 81-93

Bechara Llanos, A. Z. (2014) El acceso a la justicia contencioso administrativa como derecho fundamental efectivo. (Y. Carrillo De la rosa, Ed.) *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, VI (11), pág. 81-93

### **Libros:**

Hinestrosa, F. (2003). *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes. Volumen I*. Bogotá.: Universidad Externado.

Hinestrosa, F. (2008). *La Prescripción extintiva*. Bogotá: Universidad Externado.

### **Jurisprudencia del Consejo de Estado:**

Fallo 2011-00632-01, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Velez (Consejo de Estado 12 de octubre de 2016).

Fallo 2011-00734-01, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Velez (Consejo de Estado 12 de octubre de 2016).

Fallo 2013-00334-01, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve (Consejo de Estado 4 de febrero de 2016).

Fallo 2016-00958-01, M.P. Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio (Consejo de Estado 15 de septiembre de 2016).

Fallo 2005-01032-01, Bertha Lucía Ramírez de Paez (Consejo de Estado 12 de abril de 2012).

Fallo 2011-00042-00, C.P. Dr. William Zambrano Cetina (Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil 16 de agosto de 2012).

Fallo 2014-02215-00, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia (Consejo de Estado 20 de noviembre de 2014).

Fallo 02215-01, C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro (Consejo de Estado 12 de febrero de 2015).

Fallo 2012-00016-01, C.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren (Consejo de Estado 19 de enero de 2015).

Fallo 2014-01611-01 , C.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (Consejo de Estado 4 de mayo de 2015).

Fallo 1995-05695-01, C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero (Consejo de Estado 3 de mayo de 2001).

Consejo de Estado Fallo 1201-08 (Consejo de Estado 23 de septiembre de 2010).

Fallo 2003-01606-01, C.P. Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila (Consejo de Estado 3 de junio de 2010).

Fallo 2003-00376-01, C.P. Dra Bertha Lucia Ramirez de Paez (Consejo de Estado 23 de septiembre de 2010).

Fallo 2010-00080-01, C.P. Dr Victor Hernando Alvarado Ardila (Consejo de Estado 29 de noviembre de 2012).

Fallo 2011-00628-01(0528-14)CE-SUJ2-004-16, C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero (Consejo de Estado 25 de agosto de 2016)

Fallo 2012-00404, C.P. Sandra Lisset Ibarra Velez (Consejo de Estado 27 de agosto de 2015)

### **Jurisprudencia de la Corte Constitucional:**

Sentencia C-741 , M.P. Nelson Pinilla Pinilla (Corte Constitucional 2001).

Sentencia C-314 , M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra (Corte Constitucional 1 de abril de 2003).

Sentencia C-681, M.P. Ligia Galvis Ortiz (Corte Constitucional 2003).

Sentencia C-880, M.P. Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA - Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO (Corte Constitucional 1 de octubre de 2003).

Sentencia C-916 (Corte Constitucional 2016 de noviembre de 2010).

Sentencia C- 426, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio (Corte Constitucional 8 de julio de 2015).

Sentencia T-040 , M.P. Dr. Alejandro Linares Cantillo (Corte Constitucional 9 de febrero de 2016).