

**CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Se desvirtúa cuando se demuestra la subordinación o dependencia / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Cuando se desvirtúa da lugar al pago de prestaciones sociales / PRINCIPIO DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES – Aplicación a la relación de trabajo / CONTRATO REALIDAD - Existencia**

El contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

**FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 53**

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la diferencia entre el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios, Corte Constitucional, sentencia de 1997, Radicación C-154, ponente: Hernando Herrera Vergara

**RELACION DE TRABAJO – Elementos / RELACION DE TRABAJO - Su existencia no implica la condición de empleado público / EMPLEADO PUBLICO - Dicha calidad no se adquiere por trabajar con el Estado**

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido. Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha indicado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre que la existencia de la relación laboral no confiere la calidad de empleado público, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 25 de enero; Radicación 1654-00; Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda

**CONTRATO REALIDAD - Una vez aceptada su existencia el tiempo laborado debe ser aceptado para efectos prestacionales. Principio de la realidad sobre las formalidades**

Si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

**FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 53**

**COORDINACION DE ACTIVIDADES - No conlleva necesariamente subordinación**

Es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye 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, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

**CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Una vez desvirtuado procede el restablecimiento del derecho. Límites / CONTRATO REALIDAD- Aceptada su existencia. El tiempo laborado debe ser considerado para efecto de pensión, salud, caja de compensación y subsidio familiar**

Si bien el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, ello no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, aclarando que el título no sería consistente con el restablecimiento del derecho entendido como la restitución de la situación al estado anterior (Vr.Gr. reintegro y pago de los emolumentos dejados de percibir) pues al inexistir el empleo en la Planta de Personal se imposibilita ordenar tal condena, empero sí, el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas liquidada con base en los honorarios pactados en el contrato. Asimismo, se varió la posición para indicar que si se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, y se acepta la existencia de una verdadera relación laboral es apenas lógico que produzcan plenos efectos, ello es, que el tiempo laborado sea útil para el reconocimiento de la pensión de jubilación, así como la Seguridad Social (Salud), Caja de Compensación y Subsidio Familiar.

**PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD - El término debe contarse a partir de la ejecutoria de la sentencia constitutiva del derecho**

En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato. Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre las prescripción trienal de los derechos derivados del contrato realidad, Consejo de Estado, sentencia de 19 de febrero de 2009, Radicación 3074-05, Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez

**CONTRATO REALIDAD – El reconocimiento de los derechos derivados de su existencia no están sujetos a la ausencia de la solución de continuidad**

El Agente Fiscal argumenta que como existió solución de continuidad entre los contratos, lo procedente era haber demandado cada uno de los vínculos con la Administración dentro del término prescriptivo, significando esto, que la actora tenía la obligación de incoar alrededor de 4 acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en procura de garantizar sus emolumentos prestaciones, acarreando un desgaste innecesario e injustificado para el Aparato Judicial y una carga para la demandante en lo que tiene que ver con la

representación judicial y el acceso a la Administración de Justicia. Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico establece condicionamientos para reconocer la existencia de algunos derechos laborales, siendo uno de estos la ausencia de solución de continuidad entendida como aquella interrupción del servicio por más de 15 días hábiles (Vr. Gr. artículo 10 del Decreto 1045 de 1978), se advierte, que las preceptivas que establecen tales períodos regulan las vinculaciones de carácter legal y reglamentario, siendo inaplicables a las súplicas de la presente demanda por tratarse de un funcionario de hecho.

**FUENTE FORMAL: DECRETO 1045 DE 1968 – ARTICULO 10**

**PRESCRIPCION TRIENAL DE LAS PRESTACIONES SOCIALES DEL CONTRATO REALIDAD - Debe contarse a partir de la ejecutoria de la sentencia constitutiva del derecho**

Ahora bien, respecto a la justificación argumentativa para condenar a la entidad demandada al pago de las prestaciones sociales sin considerar la prescripción, es del caso indicar que el cambio Jurisprudencial sobre el tema se fundamentó en que las sentencias que reconocen el contrato realidad son de aquellas constitutivas del derecho, o sea que las prestaciones nacen a partir de la ejecutoria de la providencia y no con anterioridad corriendo la misma suerte la prescripción trienal

**CONTRATO REALIDAD - Interrupciones dan lugar al pago de prestaciones sociales con los descuentos respectivos, cuando éstas sean razonables / CONTRATO REALIDAD - Interrupciones razonables. Alcance**

Si bien debe aceptarse que durante la prestación del servicio se presentaron interrupciones de 1 mes y 20 días; 1 mes y 26 días, 3 meses y 13 días, 17 días, 1 día, 2 días y 1 mes y 21 días, tal situación lo que evidencia es la irregularidad de la Administración al mantener a un contratista prestando labores permanentes y ordinarias al servicio de la Función Pública debiéndose en consecuencia reparar el daño de la conducta antijurídica, al ser imposible retrotraer la situación al estado anterior, derivada de la entidad demandada cuya liquidación incluirá para efectos prácticos la sumatoria de los extremos laborales incluyendo las interrupciones pero descontadas del total de las condenas. Para la Sala queda claro que si el contrato realidad tiende a equiparar al Docente contratista con el Docente de Planta, es apenas lógico que si este último devenga sus prestaciones sociales durante todo el año sin solución de continuidad, igual derecho tiene la actora quien quedó cesante durante las interrupciones contractuales aunque descontadas de las condenas, siempre y cuando sean razonables e indiquen que durante la terminación de una orden de servicio y el inicio de la siguiente trascurrió el tiempo necesario para proveer la asignación presupuestal; o bien las vacaciones o el receso escolar, tal como lo evidencia el *sub-exámine*.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN “B”**

**Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ**

Bogotá, D. C., once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009)

**Radicación número: 680001-23-15-000-2004-02350-01(2486-08)**

**Actor: HILDA SONIA DIAZ GUZMAN**

## **AUTORIDADES MUNICIPALES**

---

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 19 de junio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Hilda Sonia Díaz Guzmán contra el Municipio de Concepción (Santander).

### **LA DEMANDA**

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del Oficio de 19 de abril de 2004, proferido por el Alcalde de Concepción (Santander), que negó la solicitud de la actora respecto al reconocimiento de los emolumentos salariales y prestacionales en igualdad de condiciones a los demás Docentes Oficiales.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se declare la existencia de una relación laboral como servidora pública, sin solución de continuidad; se paguen las diferencias salariales que resulten entre lo reconocido y pagado a su favor y lo establecido legalmente para un Docente de igual categoría; reconozcan las cotizaciones para pensión, cesantías, indemnización por despido injusto; se reintegren los dineros por concepto de retención en la fuente; y se de aplicación a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Como hechos que sirvieron de sustento a las anteriores pretensiones narró los siguientes:

De manera sucinta indica que la vinculación con la Entidad demandada se ha efectuado a través de una formalidad diferente a la legal y reglamentaria, disfrazando la relación de carácter permanente, subordinada y remunerada.

Pese a existir una condena de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en contra de la entidad demandada, aún se desconoce la relación laboral con la actora.

La demandante es Docente titulada y está inscrita en el Escalafón Nacional, pese a ello, el Municipio demandado niega el reconocimiento de los derechos salariales; primas, auxilios, subsidios, vacaciones y seguridad social en igualdad de condiciones a los demás docentes.

### **NORMAS VIOLADAS**

Como disposiciones violadas cita las siguientes:

Artículos 6, 13, 25 y 53 de la Constitución Nacional.

Decreto 3621 de 2003.

Decreto 688 de 2002.

Decreto 1465 de 2001.

Decreto 2729 de 2000.

Decreto 051 de 1999.

Decreto 47 de 1998.

Artículos 9 y 10 de la Ley 115 de 1994.

Ley 60 de 1993.

Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Ley 91 de 1989.

Artículos 3 y 26 del Decreto Ley 2277 de 1979.

Artículo 7 del Decreto 1950 de 1973.

### **LA SENTENCIA**

El Tribunal Administrativo de Santander mediante sentencia de 19 de junio de 2008, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda ordenando pagar las prestaciones sociales que devengan los Docentes de la Planta de Personal del Municipio de Concepción (Santander) con base en los valores pactados en los contratos, con fundamento en las siguientes razones: (fls. 138-142 vto)

Indica que la Ley 80 de 1993 autoriza la celebración de los contratos de prestación de servicios cuando la función no pueda ejecutarse con personal de Planta o cuando se requiera de conocimientos especializados siempre que sea temporal y limitada.

La Función Pública debe cumplirse de forma permanente a través de los funcionarios adscritos al respectivo empleo, accediéndose mediante concurso público de méritos, previo cumplimiento de los requisitos del cargo.

La sentencia de la Corte Constitucional C-555 de 6 de diciembre de 1994 al pronunciarse sobre la inexequibilidad del parágrafo 1 del artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el parágrafo 3 del artículo 105 de la Ley 115 de 1994, dio prevalencia al principio de la realidad sobre las formalidades por considerar que los educandos vinculados a través de acto administrativo reciben en forma arbitraria un tratamiento jurídico inequitativo en razón a que se ven menguados sus verdaderos derechos y se les priva de las prestaciones que corresponden a los empleados públicos de tal naturaleza.

En virtud del artículo 53 de la Constitución Nacional si se demuestra la configuración de los elementos propios de una relación laboral entre el Estado y el particular, primará la realidad sobre la forma, procediendo a declararse la existencia del vínculo laboral con todos sus efectos, es decir, el reconocimiento de las prestaciones sociales que fueron desconocidas por el empleador.

Acoge la tesis asumida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en relación con la inexistencia de la prescripción trienal por tratarse de una sentencia constitutiva del derecho.

Resalta que los contratos de prestación de servicios suscritos por la actora y la entidad demandada, previeron una carga académica pre establecida y un horario, así como el cumplimiento obligatorio de las funciones que el Director de la Institución Educativa o de Núcleo le indicaran conforme con el currículo del Ministerio de Educación Nacional.

Encuentra demostrados los elementos de subordinación, prestación personal del servicio, remuneración y permanencia, probándose que en realidad existió una relación laboral docente.

La vinculación sin solución de continuidad de la actora vulneró el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973, que prohibió, salvo los Trabajadores Oficiales, la celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente desvirtuándose la presunción de legalidad del acto acusado.

## **EL RECURSO**

El señor Agente del Ministerio Público interpuso recurso de apelación (fls. 144 - 148) solicitando revocar parcialmente el anterior proveído con fundamento en la

prescripción trienal por tratarse de vinculaciones laborales con solución de continuidad superiores a 15 días, indicando que:

No es viable reconocer el pago de las prestaciones sociales cuya reclamación se efectuó con posterioridad a los 3 años de prescripción, habida consideración que este es el término legal cuando han existido interrupciones entre los contratos mayores a 15 días.

Critica la situación respecto de la cual la actora acudió a la Jurisdicción cuando no le renovaron el contrato de prestación de servicios, asumiéndose de facto que existió un solo contrato a pesar de existir interrupciones que terminaron con la solución de continuidad.

Se pregunta qué tesis se debe aplicar para el reconocimiento de prestaciones cuando existen varios contratos; como se liquidan y pagan.

Indica que la actora debió demandar el reconocimiento prestacional al finalizar cada uno de los contratos, para evitar el término prescriptivo trienal.

El acto de acudir ante la Jurisdicción es de carácter voluntario sin que exista justificación para que se le exonere del deber de accionar dentro del término de prescripción legal, y menos aún para que reclame el pago de las prestaciones que sin lugar a dudas surgió de la declaratoria de la existencia del derecho.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir, previas las siguientes:

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Consiste en decidir si la sentencia impugnada es constitutiva del derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones laborales a favor de la demandante sin término de prescripción, o si por el contrario debe declararse la prescripción trienal habida cuenta de la existencia de la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios.

## **ACTO ACUSADO**

Oficio de 19 de abril de 2004, proferido por el Alcalde de Concepción (Santander), que negó la solicitud de la actora respecto al reconocimiento de los emolumentos salariales y prestacionales en igualdad de condiciones a los demás Docentes Oficiales. (fl. 2)

## **DE LO PROBADO EN EL PROCESO**

### **Vinculación con la Entidad demandada**

Conforme consta en el Oficio de 12 de noviembre de 2004, proferido por el Alcalde Municipal de Concepción (Santander), la actora se encuentra para esa fecha vinculada con la Administración en calidad de Docente Provisional desde la vigencia fiscal de 2003 (fl. 39).

Según la certificación igualmente suscrita por el Alcalde de Concepción (Santander) de 21 de febrero de 2002, la demandante prestó los servicios como Docente del Zootecnia del Instituto Técnico Felipe Cordero durante el siguiente período y solución de continuidad:

- Del 16 de mayo al 15 de junio de 2002. (Orden de Prestación de Servicios –fl. 88-)  
**Solución de continuidad: 1 mes.**
- Del 18 de marzo al 17 de abril de 2002. (Orden de Prestación de Servicios –fl. 70-)  
**Solución de continuidad: 20 días.**
- Del 16 de enero hasta el 28 de febrero de 2002. (Orden de Prestación de Servicios)  
**Solución de continuidad 1 mes y 26 días.**
- Del 1 de abril hasta el 21 de noviembre de 2001. (Orden de Prestación de Servicios)  
**Solución de continuidad: 3 meses y 13 días.**
- Del 18 de enero hasta el 17 de diciembre de 2000. (Orden de Prestación de Servicios).  
**Solución de continuidad: 17 días.**
- Del 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 1999. (Orden de Prestación de Servicios)  
**Solución de continuidad: 1 día**



- Del 2 de septiembre al 30 de diciembre de 1998.  
**Solución de continuidad: 2 días.**
- Del 21 de enero hasta el 31 de agosto de 1998. (Por nombramiento legal y reglamentario –Resolución No. 022/98 en interinidad)  
**Solución de continuidad: 1 mes y 21 días.**
- Del 1 de febrero hasta el 30 de noviembre de 1997. (Orden de Prestación de Servicios)

### **Del Escalafón Docente**

Por Resolución No. 1383 de 2 de diciembre de 1997 la Junta Seccional del Escalafón Docente de Santander, inscribió a la demandante en el Grado 6 del Escalafón Nacional Docente con efectos fiscales a partir de 26 de noviembre del mismo año. (fl. 20)

### **JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

La Corte Constitucional, en sentencia C- 154 de 1.997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y aquel de prestación de servicios, así:

*“b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.*

*Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.”*

Lo anterior significa, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad

sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha indicado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

*“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”<sup>1</sup>*

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: Maria Zulay Ramírez Orozco, manifestó:

*“6. Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.*

*Y lo es, en primer término, porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores “relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”; lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L. 80/93).*

---

<sup>1</sup> Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda

*Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.*

*Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.*

*En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.”*

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:

1. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.
2. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el *status* de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.
3. No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.
4. La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.
5. Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico.

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (art. 53 C.P.).

Tal posición ha sido adoptada por la Sala en los siguientes términos<sup>1</sup>:

*“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.*

*(...)*

*De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los periodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.*

*La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:*

*(...)*

*Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad.”*

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye 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, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

## **CAMBIO JURISPRUDENCIAL**

---

<sup>1</sup> Expedientes Nos. 0245 y 2161 de 2005, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante

En reciente sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, modificó la tesis que se venía acogiendo respecto del reconocimiento a título de indemnización de las prestaciones ordinarias que devenga un empleado público en igualdad de condiciones, cuando se demuestra la existencia del contrato realidad.

En dicha providencia<sup>2</sup> se indicó que si bien el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, ello no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, aclarando que el título no sería consistente con el restablecimiento del derecho entendido como la restitución de la situación al estado anterior (Vr.Gr. reintegro y pago de los emolumentos dejados de percibir) pues al inexistir el empleo en la Planta de Personal se imposibilita ordenar tal condena, empero sí, el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas liquidada con base en los honorarios pactados en el contrato.

Asimismo, se varió la posición para indicar que si se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, y se acepta la existencia de una verdadera relación laboral es apenas lógico que produzcan plenos efectos, ello es, que el tiempo laborado sea útil para el reconocimiento de la pensión de jubilación, así como la Seguridad Social (Salud), Caja de Compensación y Subsidio Familiar.

Sin embargo, la Sala advierte que dicha tesis no puede ser aplicada al *sub-lite* ya que la demandante no impugnó la sentencia de primer grado, limitando el estudio a los argumentos esbozados por el Ministerio Público.

## **DE LA PRESCRIPCIÓN**

La prescripción se encuentra regulada en el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público. El artículo 102, prescribe:

---

<sup>2</sup> Sentencia de 19 de febrero de 2009, M. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Exp. No. 2005-3074, actora Ana Reinalda Triana Viuchi.

*“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.”*

Esta Sala en anteriores oportunidades, ha declarado la prescripción trienal de los derechos que surgen del contrato realidad, aceptando que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la Entidad demandada. Sin embargo, se replanteó este criterio por las razones que a continuación se explican:

De conformidad con algunos estatutos que han regido esta materia, los derechos prescriben al cabo de determinado tiempo o plazo contado a partir de la fecha en que ellos se hacen exigibles, decisión que se adopta con base en el estatuto que consagra dicho fenómeno. (Vr. Gr. Dto. 3135/68 art. 41)

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

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

Dicha tesis fue adoptada por la Sección Segunda mediante la sentencia citada de 19 de febrero de 2009, Exp. No. 2005-3074, con el siguiente tenor literal:

*“Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de*

*la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.*

*Por lo tanto, entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacía el futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae al reconocimiento de una situación anterior no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia, tesis que la Sala en esta oportunidad acoge en su integridad.”*

## **CASO CONCRETO**

Como el *sub-lite* se contrae exclusivamente a demostrar la aplicación de la prescripción trienal sin atacar el fondo del asunto respecto del vínculo laboral con la entidad demandada, es pertinente advertir antes de abordar el asunto, que el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades de los sujetos de las relaciones laborales persigue develar el querer de la Administración con la contratación de servicios personales, debiéndose analizar a través de consideraciones de tipo sustantivo que eviten la vulneración de los derechos de la actora.

El Agente Fiscal argumenta que como existió solución de continuidad entre los contratos, lo procedente era haber demandado cada uno de los vínculos con la Administración dentro del término prescriptivo, significando esto, que la actora tenía la obligación de incoar alrededor de 4 acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en procura de garantizar sus emolumentos prestaciones, acarreando un desgaste innecesario e injustificado para el Aparato Judicial y una carga para la demandante en lo que tiene que ver con la representación judicial y el acceso a la Administración de Justicia.

Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico establece condicionamientos para reconocer la existencia de algunos derechos laborales, siendo uno de estos la ausencia de solución de continuidad entendida como aquella interrupción del servicio por más de 15 días hábiles (Vr. Gr. artículo 10 del Decreto 1045 de 1978), se advierte, que las preceptivas que establecen tales períodos regulan las vinculaciones de carácter legal y reglamentario, siendo inaplicables a las súplicas de la presente demanda por tratarse de un funcionario de hecho.

Ahora bien, respecto a la justificación argumentativa para condenar a la entidad demandada al pago de las prestaciones sociales sin considerar la prescripción, es del caso indicar que el cambio Jurisprudencial sobre el tema se fundamentó en que las sentencias que reconocen el contrato realidad son de aquellas constitutivas del derecho, o sea que las prestaciones nacen a partir de la ejecutoria de la providencia y no con anterioridad corriendo la misma suerte la prescripción trienal.

Si bien debe aceptarse que durante la prestación del servicio se presentaron interrupciones de 1 mes y 20 días; 1 mes y 26 días, 3 meses y 13 días, 17 días, 1 día, 2 días y 1 mes y 21 días, tal situación lo que evidencia es la irregularidad de la Administración al mantener a un contratista prestando labores permanentes y ordinarias al servicio de la Función Pública debiéndose en consecuencia reparar el daño de la conducta antijurídica, al ser imposible retrotraer la situación al estado anterior, derivada de la entidad demandada cuya liquidación incluirá para efectos prácticos la sumatoria de los extremos laborales incluyendo las interrupciones pero descontadas del total de las condenas.

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

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

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



## **FALLA**

**CONFÍRMASE** la sentencia de 19 de junio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Hilda Sonia Díaz Guzmán contra el Municipio de Concepción (Santander).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**

**GERARDO ARENAS MONSALVE**

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ**