



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

CONSEJERO PONENTE: JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Bogotá, D. C., veinte (20) de marzo de dos mil veinticinco (2025)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000-23-42-000-2016-01127-01 (3406-2021)
Demandante: María Elena Páez Ortiz
Demandada: Fondo Rotatorio de la Policía Nacional

Tema: Marco normativo aplicable a la vinculación de los supernumerarios. Retiro del servicio automático por vencimiento del plazo señalado en el acto administrativo de vinculación. / Falta de agotamiento del requisito de procedibilidad con relación a las pretensiones de declaratoria de existencia de relación laboral encubierta por falta de reclamación administrativa previa. **MODIFICA SENTENCIA.**

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida el veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones.

ANTECEDENTES

La señora María Elena Páez Ortiz instauró demanda en contra del Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el fin que se acceda a las siguientes:

PRETENSIONES

Que se declare la nulidad del Oficio No. S1405-002468 del 9 de mayo de 2014, por medio del cual el Director General del Fondo Rotatorio de la Policía Nacional dio respuesta a la petición radicada bajo el número E1404-004548 del 29 de abril de 2014, resolviendo la “solicitud de reintegro”.

A título de restablecimiento del derecho solicitó, como pretensiones principales, que se declare que fue despedida encontrándose en estado de debilidad manifiesta y en estado laboral reforzado. Que se reintegre a un cargo igual o



superior al que venía desempeñando en la planta de cargos y de personal de confección de la entidad demandada.

Que se reconozca y pague la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Que se reconozcan y paguen los salarios dejados de percibir desde el 1° de enero de 2014 y hasta el 30 de junio de 2014 y desde el 1° de julio de 2014 y hasta que se efectúe el reintegro.

Que se consignen al fondo de cesantías los dineros causados entre el 16 de febrero de 2005 y el 31 de diciembre de 2013; que se cancele las primas de servicios generadas entre el 14 de abril de 2004 y el 31 de diciembre de 2013 y la prima de servicios devengada entre el 1° de enero de 2014 y el 30 de junio de 2014.

Que se reconozca y pague la indemnización moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, desde el 15 de febrero de 2005 y hasta que se haga efectivo el pago.

Que se giren al fondo de pensiones los aportes correspondientes a los meses de enero de 2014 y los que se causen hasta que se haga efectivo el reintegro.

Como pretensiones subsidiarias, solicitó declarar la existencia del contrato realidad; que se ordene el reintegro a un cargo igual o superior al que venía desempeñando en la planta de cargos y de personal de confección de la accionada; y el reconocimiento de los salarios, las cesantías, las primas de servicios y la indemnización moratoria.

HECHOS

La demanda se fundamentó en los hechos que se resumen de la siguiente manera:

Que se vinculó el 19 de abril de 2004 al Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, en calidad de supernumeraria.

Que, en lo sucesivo, las demás vinculaciones se dieron así: del 19/04/2004 al 18/12/2004; del 19/12/2004 al 31/12/2004; del 01/02/2005 al 30/06/2005; del 01/07/2005 al 30/09/2005; del 01/10/2005 al 30/10/2005; del 31/10/2005 al 15/12/2005; del 16/12/2005 al 30/12/2005; del 23/01/2006 al 30/12/2006; del 01/02/2007 al 31/10/2007; del 04/02/2008 al 15/12/2008; del 16/12/2008 al 23/12/2008; del 24/12/2008 al 31/12/2008; del 01/02/2009 al 30/09/2009; del 01/10/2009 al 31/12/2009; del 01/02/2010 al 31/12/2010; del 01/02/2011 al 31/12/2011; del 01/02/2012 al 31/12/2012; del 21/01/2013 al 20/04/2013; del 21/04/2013 al 20/07/2013; y del 21/07/2013 al 31/12/2013.

Que desde el 2009, comenzó a presentar patologías asociadas a dolores en sus manos, como consecuencia del trabajo que desempeñaba para la entidad demandada.



Que la accionada no le renovó “el contrato” tras argumentar que el mismo finalizó el 31 de diciembre de 2013, aun cuando conocía la patología que presentaba.

Que el 29 de abril de 2014, presentó petición en la que solicitó el reintegro, la cual le fue negada mediante el Oficio No. S1405-002468 del 9 de mayo de 2014.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se indicaron como normas violadas los artículos 25 y 53 de la Constitución Política; el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; y el Decreto 1042 de 1978.

En el concepto de violación se indicó que el acto demandado fue expedido con falsa motivación porque el argumento para dar por terminada la relación laboral consistió en la finalización del “contrato”, cuando lo cierto es que la entidad accionada conocía la patología que sufría, la cual disminuía su capacidad laboral y nivel de vida.

Que la demandada tenía pleno conocimiento de la limitación física que padecía, por lo que se presume que la desvinculación fue por estas razones y no por la finalización de la relación laboral.

Que el acto cuya nulidad se solicita también se expidió con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió. Que se dio por la disminución de su capacidad laboral, fruto de las labores que realizaba al interior de la institución.

TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda se radicó, originalmente, ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, quienes por auto del 22 de mayo de 2015 la inadmitieron para que se adecuara el poder, se estimara razonadamente la cuantía y se ajustara el concepto de violación¹.

Una vez subsanada, en providencia del 4 de febrero de 2016 se resolvió no avocar conocimiento del proceso por falta de competencia y se ordenó remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca², quien por auto del 5 de abril de 2016 la admitió³.

El Fondo Rotatorio de la Policía Nacional no contestó la demanda. El 11 de abril de 2018 se celebró audiencia inicial, en la que se fijó el litigio y se decretaron las pruebas⁴. Una vez se corrió traslado para alegar de conclusión, se dictó sentencia, que fue apelada en el plazo oportuno por las partes.

SENTENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021), accedió parcialmente a las pretensiones tras indicar que la reclamación en vía administrativa no versó sobre la existencia

¹ Folios 305-306.

² Folios 220-222.

³ Folios 227-228.

⁴ Folios 248-249.



de un contrato realidad y el consecuente pago de las prestaciones sociales que le hubiesen correspondido, pues solo se reclamó el reintegro por considerar que existió un despido injusto por estar en condición de discapacidad.

Que en sede administrativa planteó una controversia respecto del reintegro, entretanto, la demanda diseñó un juicio atinente al contrato realidad, frente al cual ya había operado la caducidad de las acciones contenciosas. Que, en todo caso, la demandada no debería valerse de la figura del supernumerario para contratar a sus operarios, porque el caso de la actora demostró que su vinculación no fue ni temporal ni transitoria, pues hubo mínimas interrupciones durante casi 9 años.

Que el efecto de declarar la ocurrencia de una situación anómala en la vinculación de la accionante no redunde en una orden de reintegro, dado que no es potestad del juez reemplazar a la Administración en la facultad de nombramiento y remoción de sus empleados y tampoco podría otorgarse por sentencia judicial la condición de empleado público.

Que en cuanto a las pretensiones de reconocimiento y pago de prima de vacaciones y de cesantías durante la vigencia de la relación laboral, se encontró probada, de oficio, la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa; pero que de fondo se advertía que cada año se le liquidaban las prestaciones sociales, sobre lo cual la demandante aportó las pruebas.

Que, frente a la pretensión de despido injusto, se ponía de presente que la vinculación como supernumeraria fue anómala, porque el Decreto 1042 de 1978 preceptúa que dicha figura está destinada a “suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones”.

Que era claro que la demandante no se vinculó de forma transitoria al Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, ni desarrolló actividades temporales, ya que el objeto social de la entidad se relaciona con la prestación de los servicios que realizaba la actora.

Que también estaba claro que las enfermedades que padece la demandante se ocasionaron por la labor desarrollada, lo cual se probó con la indemnización que reconoció la ARL AXA Colpatria.

Que la accionada conocía del proceso de calificación que estaba surtiendo la actora con su EPS y la ARL, así como las patologías que presentaba, pues dichas entidades se las pusieron de presente. Que aun cuando la señora Páez Ortiz no hubiera estado incapacitada o con calificación de invalidez al momento en que su nombramiento no se prorrogó, pudo demostrarse que el empleador conocía su estado de salud.

Que se probó que la limitación física de la demandante constituyó un obstáculo para que se diera su vinculación laboral, lo cual, sumado al hecho de que no se solicitó autorización previa del Ministerio de Trabajo para tal fin, permitía concluir que tiene derecho a recibir la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.



Que se declaraba, de oficio, la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa frente a las pretensiones de declaración de existencia del contrato realidad, pago de prima de vacaciones y cesantías por el periodo 2004-2013.

Que se declaraba la nulidad parcial del Oficio No. S1405-002468 del 9 de mayo de 2014, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y se condenó al Fondo Rotatorio de la Policía Nacional a pagar dicha sanción⁵.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **parte demandada** interpuso recurso de apelación en el que indicó que la ley no determina el término máximo de vinculación de un supernumerario, pues solo prescribe que debe establecerse el lapso en el que se prestarán los servicios, lo cual ha de plasmarse en la resolución que materializa la vinculación.

Que la temporalidad a la que alude la norma sobre los supernumerarios no se determina por la permanencia en el cargo, sino que depende del servicio, por lo que puede extenderse en el tiempo hasta que subsistan los motivos de la vinculación.

Que el vínculo con la demandante finalizó el 31 de diciembre de 2013, ante el vencimiento del término dispuesto para el desarrollo temporal de sus funciones mediante Resolución No. 00607 del 12 de julio de 2013, acto por medio del cual se prorrogó su vinculación inicial, siendo liquidadas la totalidad de las prestaciones laborales a que tenía derecho.

Que la finalización del vínculo no se dio en razón a las restricciones médicas que alega la demandante, sino porque desde un comienzo se acordó que la vinculación era por un término fijo para el cumplimiento de funciones transitorias en la Fábrica de Confecciones de la Dirección de Bienestar de la Policía Nacional.

Que ni el término de duración de la designación de la demandante por varios meses con interrupciones, ni la patología manifestada, fueron los que determinaron su permanencia, pues la misma obedeció a la finalidad de la actividad que desarrollaba.

Que hay ineptitud sustancial de la demanda ya que no se demandaron todos los actos administrativos que dieron origen a la terminación del vínculo, como son las Resoluciones No. 00094 del 21 de enero de 2013 y 00607 del 12 de julio de 2013, cuya legalidad no se cuestionó.

Que teniendo en cuenta que las anteriores resoluciones fueron las que pusieron fin al vínculo contractual, se configuró la caducidad del medio de control.

Que no se identificó ni individualizó plenamente a la accionante, ya que el texto de la providencia recurrida y las demás actuaciones se refieren a ella como “María Elena Páez Ortiz”, cuando su nombre, en realidad, se corresponde a María Elena Páez de Bolívar”⁶.

⁵ Folios 364-373.

⁶ Folios 393-402.



La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en el que manifestó que el Tribunal desconoció que sus decisiones están sometidas al principio de inescindibilidad, que implica que las normas bajo las cuales ha de regirse un asunto concreto deben aplicarse en su integridad, es decir, no pueden dividirse para resolver con una parte de ellas.

Que, en ese sentido, el juzgador de primera instancia no podía aplicar únicamente la sanción contenida en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 e inadvertir la nulidad del acto lesivo por medio de la cual se niega la continuidad de la relación subordinante que ataba a las partes.

Que contraría el principio de legalidad el condenar a la demandada a la sanción en comento y dejar con plenos efectos jurídicos el acto sobre el cual se sustentó la acción.

Que por estar plenamente acreditadas las afectaciones a su salud, lo cual dio origen a la terminación del vínculo, debe resarcirse el daño regresando las cosas al estado anterior previo a la vulneración, lo que da lugar a su reintegro.

Que fue errado el razonamiento del juez de primera instancia que lo llevó a concluir que operó la caducidad, porque su desvinculación ocurrió el 31 de diciembre de 2013 y, a partir de esa fecha, contaba con 3 años para reclamar la protección de sus derechos.

Que, dentro del término, primero elevó reclamación ante la demandada para, después, instaurar demanda dentro de los 4 meses siguientes a la notificación del acto demandado. Que frente a su caso no operó la prescripción extintiva, ni mucho menos la caducidad de la acción.

Que, otra de las aristas que se debe abordar es la declaratoria de la prescripción de los derechos laborales, cuando lo que se debate en el juicio es la existencia de lo que la jurisprudencia y doctrina ha denominado como “contrato realidad” ⁷.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 26 de octubre de 2021 se admitió el recurso de apelación y se dispuso que, una vez ejecutoriado, el expediente pasaría al despacho para dictar sentencia, salvo que las partes presentaran solicitudes probatorias, y se advirtió que el Ministerio Público podría conceptuar hasta antes que el proceso ingresara para fallo⁸.

Las partes guardaron silencio y el agente del Ministerio Público rindió concepto en el que manifestó que debía confirmarse el fallo recurrido porque, al acreditarse la patología y el incumplimiento de la formalidad de la autorización ministerial, se configuró el supuesto de hecho de la disposición concebida en el inciso tercero del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por lo que el acto administrativo que denegó la indemnización derivó nulo por desviación de poder.

⁷ Folios 379-383.

⁸ Índice 3 de SAMAI.



Que la improrrogabilidad de la vinculación sí ocurrió por la patología médica de la demandante, lo cual estriba en el displicente trato dispensado a la labor ejecutada por la EPS y ARL a las que esta se hallaba afiliada, cuyo deteriorado estado de salud, producido a consecuencia de las tareas de operaria de confección, se le puso oportunamente en conocimiento, sin que de esa situación se hubiere apersonado debidamente, como quedó establecido.

Que para el 2013, la entidad accionada conocía de fuente oficial fidedigna de la patología de síndrome de túnel carpiano que soportaba su operaria, por lo que la actitud asumida de no prestarle atención suficiente y coherente a las recomendaciones y requerimientos de la EPS y ARL, configuran la realidad de la improrrogabilidad de la vinculación de la que venía siendo objeto desde más de 8 años.

Que el procedimiento administrativo solo tuvo idóneo desarrollo tratándose del pedimento de la sanción indemnizatoria consecuencial a la incapacidad de la demandante, pero no hubo agotamiento en referencia con la pretensión del contrato realidad⁹.

Se decidirá previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

De conformidad con los recursos de apelación interpuestos, los problemas jurídicos que deberá resolver la Sala consisten en determinar: *i)* cuál es el acto administrativo enjuiciable *ii)* si se encuentra plenamente identificada la accionante *iii)* si el retiro del servicio no se debió al estado de incapacidad de la actora, sino a la finalización del periodo pactado para el cumplimiento de funciones transitorias en la Fábrica de Confecciones de la Dirección de Bienestar de la Policía Nacional, *iv)* si debe revocarse el fallo de primera instancia para, en su lugar, acceder a la solicitud de reintegro de la demandante; *v)* si se debió emitir pronunciamiento de fondo frente a las pretensiones de declaración de existencia del “contrato realidad”.

Marco normativo aplicable a la vinculación de los supernumerarios

La Constitución Política determinó, en el artículo 125, la posibilidad con la que cuenta la Administración para vincular el personal supernumerario, señalando lo siguiente:

“ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. [...]” (subrayas fuera de texto).

El Congreso de la República profirió la Ley 5ª de 1978, por medio de la cual confirió al presidente facultades extraordinarias para modificar escalas de remuneración, revisar los sistemas de clasificación y nomenclatura de empleos, y dictar otras disposiciones en materia de administración de personal; y con fundamento en esas se expidió el Decreto 1042 de 1978 que, en su artículo 83, dispuso:

⁹ Índice 8 de SAMAI.



“ARTÍCULO 83. DE LOS SUPERNUMERARIOS. Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.

También podrán vincularse supernumerarios para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

~~En ningún caso la vinculación de un supernumerario excederá el término de tres meses, salvo autorización especial del Gobierno cuando se trate de actividades que por su naturaleza requieran personal transitorio por períodos superiores.~~

La remuneración de los supernumerarios se fijará de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto, según las funciones que deban desarrollarse.

~~Cuando la vinculación de personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales.~~ Sin embargo, las entidades deberán suministrar al personal supernumerario atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo.

La vinculación de supernumerarios se hará mediante resolución administrativa en la cual deberá constar expresamente el término durante el cual se prestarán los servicios y la asignación mensual que vaya a pagarse” (tachas originales).

Por su parte, el Decreto Ley 2701 de 1988¹⁰, en su artículo 72 estableció con respecto del personal supernumerario, lo siguiente:

“ARTÍCULO 72. SUPERNUMERARIOS. Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos y trabajadores oficiales en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.

También podrán vincularse supernumerarios para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

Entiéndese, para los efectos de este artículo, por actividades de carácter netamente transitorio, las ocasionales relacionadas con las funciones propias del organismo y que no puedan ser atendidas con personal de planta.

PARÁGRAFO. En lo concerniente a la vinculación, prestaciones sociales, requisitos, trámite de autorizaciones y demás aspectos relacionados con los supernumerarios, se aplicarán las disposiciones vigentes para el resto de la administración pública nacional”.

Con relación a la imposibilidad de reconocimiento de prestaciones al personal supernumerario vinculado por un término de tres meses o menos, la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso 5° del artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, mediante la Sentencia C-401 de 1998. Ahora bien, al pronunciarse sobre la vinculación de los empleados supernumerarios, se precisó que:

“[...] 8. Resulta claro que la vinculación de empleados supernumerarios para llevar a cabo actividades meramente temporales, constituye un modo excepcional de vinculación laboral con la Administración Pública. Difiere del contrato de prestación de servicios profesionales por varios conceptos, especialmente porque en este último, aunque puede haber cierto grado de sujeción, no se involucra el elemento de subordinación de tipo laboral que

¹⁰ Por el cual se reforma el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional.



se halla presente en el primero, y porque la vinculación de personal supernumerario se lleva a cabo mediante resolución, en la cual deberá expresarse el término durante el cual se prestarán los servicios y el salario que se devengará, que se fijará teniendo en cuenta las escalas de remuneración establecidas en la ley. Se trata pues de una verdadera relación laboral regida por normas de derecho administrativo, que en esencia es temporal.

9. Como estatuto excepcional que es, se desnaturaliza cuando es empleado para cubrir necesidades distintas de aquellas para las que fue concebido. De esta manera, cuando la Administración, recurre a esta forma de vinculación de personal para cubrir necesidades permanentes de servicio, desconoce *de facto* los principios de rango constitucional que gobiernan la carrera administrativa, afectando en primer lugar a los servidores así vinculados, quienes no verán respetada la garantía de estabilidad en el cargo, y desconociendo también el derecho de acceso de los ciudadanos a la Administración Pública, de acuerdo con los méritos y capacidades de los aspirantes, todo lo cual va en detrimento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad y honestidad que, por mandato superior, deben regir la función pública. [...]”¹¹.

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citadas, la vinculación de personal a través de la figura de supernumerario tiene un carácter netamente eventual, limitada al término de duración de la vacancia temporal o a la ejecución de la labor ocasional y transitoria para la cual es requerida. Por consiguiente, los supernumerarios son auxiliares de la administración que se vinculan por medio de una resolución para suplir o atender necesidades del servicio o para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

También se ha establecido que la terminación de los nombramientos de los supernumerarios puede ocurrir en dos eventos: i) por terminación del término del nombramiento y por ii) necesidad del servicio antes de ese término.

Además, debe indicarse que como el principio de la primacía de la realidad sobre las formas está orientado a determinar si el vínculo de los supernumerarios con la Administración fue transitorio o permanente, en el caso de que el mismo hubiere sido permanente y el trabajador padezca ciertas patologías que afecten su desempeño, el cumplimiento del término para el cual fue vinculado no sería el verdadero motivo por el cual se terminaría la relación laboral, sino que respondería a su estado de debilidad manifiesta, lo que significaría la vulneración a la protección que se le reconoce a los sujetos de especial protección constitucional.

De otro lado se tiene que la protección laboral de las personas con limitaciones físicas o psíquicas ha sido desarrollada por el legislador a través de la Ley 361 de 1997¹² y en su artículo 26 se prohibió despedir a sus trabajadores debido a las discapacidades que puedan sufrir, a menos que obtengan autorización de la oficina de Trabajo. Esto señala la norma:

“En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-401 de 1998. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹² Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones.



despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

De la reclamación previa ante la administración

El artículo 161 numeral 2 del CPACA¹³ establece la decisión previa de la administración en procura de la protección del debido proceso; y esta Corporación¹⁴ ha indicado que como presupuesto procesal de la acción contenciosa administrativa se consagra el agotamiento preliminar de la actuación administrativa.

También ha expresado el Consejo de Estado:

“El agotamiento de la actuación administrativa constituye un presupuesto procesal *sine qua non* para quien pretende acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa con el fin de hacer valer sus derechos, por tanto, es obligatorio para quien pretenda demandar un acto administrativo en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, agotar la actuación administrativa antes de acceder a la jurisdicción contenciosa¹⁵; dicha reclamación debe tramitarse ante la entidad pública llamada a reconocer o extinguir el derecho que sea invocado por el administrado, es decir, aquella entidad que tenga la competencia o atribución legal para crear o modificar situaciones jurídicas a través de la expedición de actos administrativos de contenido particular y concreto.

...

En ese orden, hay un indebido agotamiento de la actuación administrativa cuando se plantean asuntos nuevos que no fueron formulados cuando se pretendió agotar la actuación administrativa, puesto que, los hechos, cargos y pretensiones reclamadas para que la administración revise sus decisiones y subsane las irregularidades en que pudo haber incurrido, imponen el marco de la demanda, es decir que un punto que no fue discutido ante la administración, no podrá ser estudiado en sede jurisdiccional, lo que sí se puede plantear son mejores argumentos jurídicos”¹⁶.

Así pues, en los casos en que lo pretendido por el administrado sea que se declare la existencia de la relación laboral encubierta o subyacente, es necesario que, dentro de los tres años contados desde la fecha en que finalizó su última vinculación, presente una petición en ese sentido ante la entidad, para de esta manera interrumpir el término de prescripción y, a su vez, obtener un acto administrativo susceptible de control judicial.

¹³ Artículo 161 numeral 2 del CPACA: 2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

¹⁴ Ver sentencia 25000-23-27-000-2007-00191-01 (17251).

¹⁵ De conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, auto del 16 de mayo de 2019. Radicado: 15001-23-33-000-2013-00891-01 (4438-2016).



Resolución del caso concreto

Se encuentra debidamente acreditado que la accionante tuvo los siguientes vínculos laborales con la demandada:

DESDE	HASTA	RESOLUCIÓN
19 de abril de 2004	18 de diciembre de 2004	Resolución No. 0299 del 19 de abril de 2004 ¹⁷
19 de diciembre de 2004	31 de diciembre de 2004	Certificación ¹⁸
1° de febrero de 2005	30 de junio de 2005	Certificación ¹⁹
1° de julio de 2005	30 de septiembre de 2005	Certificación ²⁰
1° de octubre de 2005	30 de octubre de 2005	Certificación ²¹
31 de octubre de 2005	15 de diciembre de 2005	Certificación ²²
16 de diciembre de 2005	30 de diciembre de 2005	Certificación ²³
23 de enero de 2006	30 de diciembre de 2006	Resolución No. 00036 del 20 de enero de 2006 ²⁴
25 de enero de 2007	31 de octubre de 2007	Resolución No. 00041 del 25 de enero de 2007 ²⁵
4 de febrero de 2008	15 de diciembre de 2008	Resolución No. 0047 del 1° de febrero de 2008 ²⁶
1° de febrero de 2009	31 de diciembre de 2009	Resolución No. 00033 del 30 de enero de 2009 ²⁷
1° de febrero de 2010	31 de diciembre de 2010	Resolución No. 00028 del 22 de enero de 2010 ²⁸
1° de febrero de 2011	31 de diciembre de 2011	Resolución No. 00060 del 31 de enero de 2011 ²⁹
1° de febrero de 2012	31 de diciembre de 2012	Resolución No. 00050 del 30 de enero de 2012 ³⁰
21 de enero de 2013	20 de abril de 2013	Resolución No. 00094 del 21 de enero de 2013 ³¹
21 de abril de 2013	20 de julio de 2013	Resolución No. 00352 del 17 de abril de 2013 ³²
21 de julio de 2013	31 de diciembre de 2013	Resolución No. 00607 del 12 de julio de 2013 ³³

También aparece acreditado que el 25 de marzo de 2004, se le practicó a la demandante examen médico de admisión, el cual certificó que era apta para el servicio y que no presentaba enfermedad de origen laboral³⁴.

De la historia clínica allegada pudo verificarse que la señora María Elena Páez Ortiz presentó síntomas asociados a la patología “*Síndrome del Túnel Carpiano*” desde noviembre de 2009³⁵.

¹⁷ Folios 101-107.

¹⁸ Folio 34.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Folios 108-125.

²⁵ Folios 126-145.

²⁶ Folios 146-168.

²⁷ Folios 170-171.

²⁸ Folios 172-181.

²⁹ Folios 182-194.

³⁰ Folios 195-202.

³¹ Folios 203-209.

³² Folios 210-225.

³³ Folios 226-236.

³⁴ Folios 5 y 6.

³⁵ Folios 34 s 69.



Obra prueba de que la EPS Famisanar radicó ante la entidad demandada, el 28 de febrero de 2013, oficio con radicado E1302-002365, solicitando el envío de cierta documentación para iniciar la calificación de las patologías presentadas por la demandante³⁶. Y el 5 de abril de 2013, la ARL AXA Colpatria realizó análisis de puesto de trabajo³⁷.

Que, mediante Resolución No. 01908 del 18 de diciembre de 2013, el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional liquidó, de manera definitiva, las prestaciones sociales de la accionante³⁸.

Que, el 27 de enero de 2014, la EPS Famisanar profirió concepto de salud ocupacional, en el que certificó que las patologías presentadas por la señora Páez Ortiz tenían origen profesional³⁹, lo cual fue puesto en conocimiento del Fondo Rotatorio de la Policía Nacional⁴⁰.

La ARL AXA Colpatria notificó a la entidad accionada, mediante oficio con radicado E1402-001979 del 24 de febrero de 2014, que las patologías presentadas por la demandante tenían origen laboral⁴¹.

El 29 de abril de 2014, la accionante radicó petición, en la que solicitó: la ineficacia del despido, el reintegro, el pago de la sanción prevista en la Ley 361 de 1997, el pago de los salarios dejados de percibir, el pago de los aportes correspondientes a seguridad social, el pago de las prestaciones sociales y de las vacaciones que se causen hasta el reintegro⁴².

Por Oficio S1405-002468 del 9 de mayo de 2014, se dio respuesta a la petición radicada bajo el número E1404-004548 del 29 de abril de 2014, negando lo solicitado⁴³.

Lo primero que habrá que determinarse es cuál fue el acto administrativo que definió la situación jurídica de la señora Páez Ortiz, por cuanto para la accionada debió demandarse todos los actos administrativos que dieron origen a la terminación del vínculo, esto es, las Resoluciones No. 00094 del 21 de enero de 2013 y 00607 del 12 de julio de 2013.

Es importante recordar que, para el caso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, es relevante identificar la actuación que generó la lesión alegada sobre el derecho subjetivo que se pretende amparar, para que pueda válidamente traducirse en un restablecimiento en favor de la parte demandante, por ello, como se reclama de la entidad demandada la ineficacia del despido, el reintegro, el pago de la sanción prevista en la Ley 361 de 1997, así como la cancelación de los emolumentos dejados de percibir, debe demandarse judicialmente la nulidad del acto administrativo que creó, modificó o extinguió esa situación jurídica particular.

³⁶ Folios 70-72.

³⁷ Folios 73-75.

³⁸ Folio 100

³⁹ Folios 49-55.

⁴⁰ Folios 56-57.

⁴¹ Folio 85.

⁴² Folios 210-214.

⁴³ Folios 217-218.



En efecto, al pretenderse tal restablecimiento del derecho, no puede reclamarse la nulidad de otro acto administrativo diferente a la declaración de voluntad de la administración dirigida a producir efectos jurídicos frente a esas solicitudes, en otras palabras, el Oficio S1405-002468 del 9 de mayo de 2014 -acto demandado-, fue el que extinguió la situación subjetiva de la cual la demandante ahora pretende un restablecimiento y es frente a ese acto que se emitirá un pronunciamiento de fondo.

Adicionalmente, debe hacerse referencia al motivo de apelación de la demandada en tanto consideró que existe falta de individualización de la demandante, por cuanto su último apellido no corresponde al de la providencia de primera instancia ya que el nombre con apellidos correctos es María Elena Páez de Bolívar.

Sobre este punto basta manifestar que en este caso la demanda fue presentada por la señora María Elena Páez Ortiz identificada con cédula de ciudadanía 51.582.271; que el acto demandado hace referencia a la vinculación laboral que tuvo el Fondo con la señora María Elena Páez Ortiz y que, si bien es cierto en algunos de los actos de vinculación se cita el nombre de “María Elena Páez de Bolívar”, no hay duda de que se trata de la misma persona, por cuanto en ellos se le identifica con la cédula de ciudadanía 51.582.271, por lo tanto, no existe tal contradicción.

Ahora, descendiendo al caso concreto, se tiene que la demandante estuvo vinculada como personal al servicio de los procesos productivos del Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, para desarrollar actividades transitorias en la Fábrica de Confecciones adscrita a la Subdirección Operativa de la entidad desde el año 2004 hasta el 2013, para efecto de lo cual se firmaron alrededor de 17 resoluciones por períodos de 3 a 11 meses y con interrupciones no mayores a 3 meses entre dichos vínculos.

Debido a que las vinculaciones con el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional fueron por espacio de 9 años, en la sentencia de primera instancia se manifestó que la demandada no debería valerse de la figura del supernumerario para contratar a sus operarios, porque en el caso de la actora se demostró que su vinculación no fue ni temporal ni transitoria, motivo por el cual se configuró una utilización indebida de la figura de vinculación de personal “temporal”, en calidad de supernumerario.

La parte demandada insistió en que la ley no determina el término máximo de vinculación de un supernumerario, pues solo prescribe que debe establecerse el lapso en el que se prestarán los servicios, lo cual ha de plasmarse en la resolución que materializa la vinculación.

Para la Sala resulta claro que la vinculación de personal, en calidad de supernumerario, es una forma excepcional con la que cuenta la Administración Pública y siempre supone el cumplimiento de labores transitorias, las cuales ha entendido la norma como las ocasionales relacionadas con las funciones propias del organismo y que no puedan ser atendidas con personal de planta.



Se infiere de las resoluciones de vinculación, que a pesar de que las labores adelantadas por la demandante ocurrieron desde el año 2004 y hasta el 2013, ello no implicaba que desarrollara funciones permanentes de la entidad. En todos los actos de vinculación se dejó por sentado que la relación entre las partes obedeció a estudios de conveniencia y oportunidad en los cuales se justificaba la necesidad de vincular personal para el servicio de los procesos productivos del Fondo Rotatorio de la Policía, situación que no fue desvirtuada por la parte demandante.

En esa medida, no le asiste razón al fallador de primera instancia cuando concluyó que en el caso de la accionante operó la desnaturalización de la relación laboral en calidad de supernumeraria, pues a pesar de que existió una vinculación sucesiva por periodos aparentemente transitorios, en los que la actora estuvo laborando con la entidad como operaria en la elaboración de uniformes para la Fábrica de Confecciones, sus vinculaciones estuvieron justificadas en las necesidades del servicio para apoyar los proyectos productivos de la entidad y los cuales no se podían suplir con su personal de planta.

Visto lo anterior, la demandante laboró como supernumeraria en la entidad, desempeñando funciones transitorias, lo que trae como consecuencia que no crea relación definitiva con el Estado y no genera derechos de carrera administrativa. Luego, vencido el plazo de duración temporal, se extingue la relación con la administración, sin que pueda exigirse estabilidad laboral alguna o la expedición de un acto administrativo que ratifique esa situación.

En el último de los vínculos, esto es, el que se dio a través de la Resolución 00607 del 12 de julio de 2013, se dispuso prorrogar la vinculación de la demandante, **hasta el 31 de diciembre de 2013**, por lo que, vencido el término enunciado en dicho acto, automáticamente quedaría desvinculada.

La parte demandada insistió en que la terminación del vínculo con la entidad, no se dio debido a las restricciones médicas alegadas por la demandante y que se encontraron acreditadas en la sentencia de primera instancia, sino porque desde el principio se acordó que su vinculación era por un periodo fijo, para el cumplimiento de unas funciones transitorias establecidas en el acto de vinculación.

Al respecto, se advierte que la desvinculación de la demandante obedeció a que se venció el plazo para el cual había sido vinculada y el hecho de que dentro del término de vinculación presentara algunos quebrantos de salud, así ello hubiere quedado acreditado en el proceso, no le otorgaba fuero de estabilidad alguno, ni obligación a la entidad de contar con la autorización de la oficina del Trabajo descrita en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en tanto, el retiro del servicio no obedeció a su estado de salud, sino a que el cargo por ella desempeñado estaba atado a un plazo fijo desde su creación, por tanto, al vencimiento del término para el cual fue vinculada, tuvo como consecuencia el retiro automático del servicio.

Ello implica que la estabilidad dependía de la ocurrencia del plazo, tal y como se señaló en el acto de vinculación, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2013.

Y si bien en el fallo apelado se consideró que la accionada conocía del proceso de calificación que estaba surtiendo la actora con su EPS y la ARL, así como las patologías que presentaba, por lo que se debió solicitar autorización previa del



Ministerio de Trabajo para su desvinculación, la Subsección considera que dicho trámite no se debió adelantar, toda vez, que se repite, su relación laboral estaba sometida a un término de duración definido, vencido el cual automáticamente la actora quedaba retirada, pues el motivo de su desvinculación, como a bien lo señaló el acto acusado, no fue otro que el vencimiento del plazo de su vinculación con la entidad.

En conclusión, no se halla razón para que la demandada hubiera tenido que requerir del permiso de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 para retirar del servicio de la demandante y mucho menos aun mantenerla en un empleo transitorio luego de que se terminara el vínculo prorrogado en la Resolución 00607 del 12 de julio de 2013, esto es, más allá del 31 de diciembre de 2013, aunque en la entidad se siguiera contratando personal para desarrollar actividades transitorias propias del Fondo.

Es por lo anterior, que se revocarán los numerales segundo, tercero y cuarto de la sentencia apelada que accedió parcialmente a las pretensiones.

Finalmente, debe abordarse el argumento de la parte demandante con relación a que en este asunto se debate la existencia de lo que la jurisprudencia y doctrina ha denominado como “contrato realidad”.

Se recuerda que en la demanda se solicitó como pretensión subsidiaria la declaratoria de existencia del “contrato realidad” entre la demandante y la entidad demandada y en el fallo de primera instancia, se declaró configurada de oficio la excepción de “falta de agotamiento de la vía gubernativa” frente a las pretensiones de existencia de contrato realidad y pago de prima de vacaciones y cesantías por el período 2004-2013.

Una vez verificados los documentos que se aportaron, se encuentra que efectivamente no se elevó ante la administración solicitud de reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta o subyacente, porque en la solicitud presentada el 29 de abril de 2014, solamente se pidió el reconocimiento de los siguientes derechos laborales:

- La ineficacia del despido realizado el 31 de diciembre de 2013.
- Reintegro a un cargo igual o superior al que venía desempeñando.
- Pago de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por la no autorización del Ministerio del Trabajo y de la Protección Social.
- Pago de los salarios dejados de percibir desde el 1º de enero de 2014 hasta que se realice el reintegro.
- Pago de los aportes correspondientes al sistema de seguridad social integral desde el 1º de enero de 2014 y hasta que se efectúe su reintegro.
- Pago de las prestaciones sociales causados hasta el reintegro.
- Pago de vacaciones causados hasta el reintegro.
- Pago de la indemnización por despido injusto prevista en el artículo 64 del C.S. del Trabajo inciso 3º por el tiempo que faltara para cumplirse el plazo estipulado.

Visto lo anterior, es claro que la parte demandante omitió solicitar la declaratoria de existencia del “contrato realidad” entre la demandante y la entidad demandada,



razón por la cual no se puede entender por agotado el requisito de procedibilidad consagrado en el numeral 2º del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 lo que hace imposible el estudio de las manifestaciones realizadas en la demanda respecto de ese asunto.

Sin perjuicio de ello, la Sala modificará la sentencia del 25 de marzo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, para, señalar que la denominación adecuada de la excepción es la de indebido agotamiento del requisito de procedibilidad de la reclamación administrativa.

Condena en costas en segunda instancia.

Sobre este punto, es importante aclarar que teniendo en cuenta el cambio introducido por el legislador en el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021⁴⁴ en el que se indica que dicha declaración es viable, siempre y cuando se acredite que la parte vencida obró con manifiesta carencia de fundamento legal, la Subsección A considera que en el presente caso, aplicando el criterio anunciado, y observando los argumentos esbozados por la parte demandante en sus distintas intervenciones, no se presenta tal supuesto, por el contrario, en el escrito de alzada manifestó argumentos razonables en defensa jurídica de sus intereses, de manera que no se impondrá condena en costas en esta instancia.

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

FALLA

Primero. MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia del 25 de marzo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se declaró configurada de oficio la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa frente a la pretensión de declaración de existencia de contrato realidad. En su lugar, se declara probada de oficio la excepción de indebido agotamiento del requisito de procedibilidad de la reclamación administrativa en lo que tiene que ver con las pretensiones de declaración de existencia del “contrato realidad”.

Segundo. REVOCAR los numerales SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO de la sentencia proferida el 25 de marzo de 2021 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

Tercero. Sin condena en costas en esta instancia.

Cuarto. Devolver el expediente al tribunal de origen y realizar las anotaciones pertinentes en el aplicativo SAMAI.

⁴⁴ ARTÍCULO 47. Adiciónese el siguiente inciso al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011: En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.



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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Firmado electrónicamente

LUIS EDUARDO MESA NIEVES

Firmado electrónicamente

JUAN CAMILO MORALES TRUJILLO

Firmado electrónicamente

COMPARTIDO POR:

