



Operancia de la solución de continuidad a partir de la CE-SUJ2-005 de 2016 en las sentencias del consejo de estado cuando conoce de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para declarar el contrato realidad. 2016-2018.

Autores:

Ana Isabel Avendaño Duque
Luis Guillermo Pérez Echeverri

Trabajo de grado presentado para optar por el título de magister en derecho administrativo

Asesores:

Nataly Vargas Ossa
Juan Esteban Álzate Ortiz

Universidad Autónoma Latinoamericana (UNLA)
Facultad De Posgrados Maestría En Derecho Administrativo
Medellín, Antioquia, Colombia
2021



TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
OPERANCIA DE LA SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD A PARTIR DE LA CE-SUJ-005 DE 2016 EN LAS SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO CUANDO CONOCE DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO PARA DECLARAR EL CONTRATO REALIDAD. 2016-2019	13
ANTEPROYECTO	13
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	13
OBJETIVOS	20
BUSQUEDA Y CLASIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS QUE TRATAN EL TEMA	21
REFERENCIAS.....	32
Referencias	32
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	34
LINEA JURISPRUDENCIAL DE LA FIGURA DE LA SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD EN EL CONTRATO REALIDAD CON EL ESTADO	34
1. CONSTRUCCIÓN DE GRÁFICA DE LA LINEA JURISPRUDENCIAL Y ANÁLISIS DINÁMICO DE LA TEORÍA JURÍDICA INTEGRAL.....	35
GRÁFICA.....	36
ANÁLISIS DINÁMICO.....	36
POLOS DE RESPUESTA	43
PUNTO ARQUIMÉDICO DE APOYO.....	44
CONCLUSIONES	45
ANEXOS.....	48
FICHAS JURISPRUDENCIALES Y ANÁLISIS ESTÁTICO.....	48



INTRODUCCIÓN

El contrato realidad es una figura que encuentra origen en los estamentos internacionales y nacionales como los Convenios 29 y 35 de la OIT, el artículo 53 superior y el artículo 23 y 24 del Código Sustantivo del trabajo, fundamento legal que ha servido a la jurisprudencia para propender en sus decisiones por un orden legal justo y la defensa de los derechos mínimos laborales. Para efectos del presente trabajo se define como *contrato realidad*, aquel contrato o relación contractual laboral oculta o simulada a través del contrato de prestación de servicios, pero que en realidad ha sido una relación en donde se ha sometido al contratista a horarios, se le han impartido ordenes de cómo debe desarrollar sus labores desde el punto de vista técnico o científico y demás directrices y que ha sido adicionalmente, sujeto disciplinable por parte de su empleador, que en el caso que nos ocupa siempre será una entidad pública.

A través de la ley 80 de 1993 el legislador quiso darle operatividad al Estado y que el cumplimiento de las funciones públicas fuera eficiente, para ello, a través de esta ley el Estado se equipara a parte contractual con los privados. El artículo 32 ibídem, establece la posibilidad de contratar personas naturales para la prestación de servicios, estableciendo allí una presunción legal de que esta relación contractual no genera prestaciones sociales ni vinculación laboral con el Estado.

Como cualquier presunción legal, esta admite prueba en contrario y gracias al principio de realidad sobre las formas e irrenunciabilidad a los derechos laborales mínimos establecidos en la constitución, el contratista que se vea afectado habida cuenta de una relación laboral oculta, tiene



el derecho a reclamar de la jurisdicción el reconocimiento del contrato realidad. Pues bien, el Consejo de Estado, en especial, la Sala de lo Contencioso Administrativo en su Subsección Segunda se ha manifestado en sendas ocasiones sobre el contrato realidad al punto que en el 2009 hubo unificación jurisprudencial sobre el asunto, en lo atinente a los elementos o características de dicha figura, estableciéndose como tales los elementos habituales traídos en el Código Sustantivo del Trabajo i) prestación personal del servicio; ii) remuneración y; iii) subordinación continua. Y elementos propios de la relación con Estado iv) similitud y equidad y v) permanencia.

Frente a la similitud y equidad, se dice que es cuando el contratista realiza las mismas funciones del servidor público de planta, es decir la comparación que no haya diferencia alguna entre el contratista y el servidor, más que la forma en que ambos se vincularon con el Estado. La equidad en cambio se refiere a que el objeto del contrato de prestación de servicios y la misión o funcionalidad de la entidad están relacionados o son los mismos, es decir el contratista desarrolla una actividad propia de la entidad pública.

Posteriormente, en 2016 viene una segunda unificación jurisprudencial que es de nuestro interés al ser la providencia hito del presente trabajo, ella es la CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016 del C.P. CARMELO PERDOMO CUÉTER. En esta sentencia se unifica, nuevamente la jurisprudencia en cuanto a varias posiciones encontradas que estaba manejando la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo sobre aspectos como la prescripción extintiva y computo de la misma, esto es, en algunos momentos de tres años a partir de la



terminación del vínculo con el Estado, otras de cinco años a partir del mismo periodo y otras que determinaban la sentencia como constitutiva del derecho, es decir, que antes de la declaración no había surgido derecho alguno y entonces el termino trienal contaba a partir de allí; igualmente, habían posiciones no unificadas en las que se decía que la acción correspondiente era la acción de controversias contractuales y otras la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y; había sentencias dispersas en cuanto al título en que se otorgaban los derechos y acreencias laborales, puesto que, eran otorgados como indemnización en ocasiones y como restablecimiento del derecho en otras.

Desde la sentencia de unificación CE-SUJ2-005 del 2016, podemos observar decisiones que se basan en ella y defienden los postulados allí establecidos, esto es, i) que la acción idónea para reclamar de la jurisdicción el reconocimiento de la relación laboral y los derechos prestacionales derivados de ella; ii) el tiempo de la prescripción extintiva de los derecho laborales y computo; iii) derecho que se consideran imprescriptibles; iv) existe el deber en cabeza del juez de declarar derechos imprescriptibles, una vez comprobada la relación laboral, así no hayan sido solicitados en la demanda; v) descarta la conciliación como requisito, enunciación que se hace en síntesis ya que tiene otro orden y numeración en la sentencia.

Frente al segundo ítem, esto es, la prescripción extintiva de los derechos surgidos de la relación laboral, específicamente, de los derechos prestacionales de causación fija y por solo una vez, como son la prima legal o extralegal, cesantías, auxilio a las cesantías, vacaciones y demás



emolumentos reconocidos como prestaciones sociales a los empleados de planta es que se establece el primer punto de partida del presente trabajo.

Recordando lo dicho en la sentencia sobre los aportes a pensión que gozan de carácter imprescriptibles, a su vez que la acción tampoco caduca. Se tiene que se dejó a la interpretación del juez y al análisis de cada caso concreto el tema de la solución de continuidad, un análisis que es obligado y recurrente, puesto que la mayoría de las veces la relación laboral se comprueba debido a la permanencia en el servicio, a que no se trata de una contratación temporal y excepcional que hace la entidad pública, no obedece a que no hay personal de planta con el cuál cumplir las funciones de la misma o a los conocimientos técnico o científicos del contratista que denotan una especialidad que el personal de planta no tiene.

En síntesis, la mayoría de las veces sino es que todas, el fallador tendrá que hacer el análisis de si hubo o no un vínculo laboral sin solución de continuidad para determinar el interregno en que se ha de condenar a la entidad accionada al pago de las prestaciones sociales que no hayan prescrito, máxime cuando en la contestación de la demanda o en el recurso de apelación la accionada ha solicitado la prescripción.

Frente a las sentencias recolectadas, que en total son once, se podrá evidenciar que, efectivamente hay disparidad, contraste o ausencia de unicidad en las diferentes providencias, sobre la pregunta problematizadora de cómo opera la figura de la solución de continuidad en las sentencias del Consejo de Estado cuando conoce de la acción de nulidad y restablecimiento del



derecho que busca la declaración del contrato realidad y reconocimiento y pago de las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral.

Del análisis de las sentencias se verá que existen diversas posiciones manejadas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, que por designación interna de la Corporación conoce de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho. Estas posiciones podemos describirlas en la que se analiza los lapsos de tiempo entre las interrupciones de días a meses para determinar la solución de continuidad; una posición, minoritaria hasta donde se pudo observar, en la que se aplica rigurosamente la figura, es decir, que basta con un solo día de diferencia entre un contrato y otro para que la continuidad se rompa; y por último, una posición poco usada pero que al menos guarda un criterio, en donde se toma el Decreto 1042 de 1978 y se aplica analógicamente, colocando un término de quince días hábiles entre las interrupciones temporales del contrato, con el que se define sí hay o no solución de continuidad.

La segunda posición mencionada no parece justa, puesto que, en casos puntuales como el de los docentes se sabe que el proceder de la administración es el de vincular y desvincular – terminación e inicio de los contratos de prestación de servicios- en los periodos escolares, donde podría haber intervalos de tiempo verbigracia de noviembre a enero, de diciembre a enero, de junio a julio, etc. Donde se denotaría la intención de las partes de continuar el vínculo laboral, es decir, que no obedece a la temporalidad y excepcionalidad deprecada de este tipo de contratos y que entonces, favorece el actuar simulado y ventajoso que muestra la entidad pública contratante.



La posición en la que se usa analógicamente el Decreto 1042 de 1978, es a nuestro modo de ver, el criterio que mejor podría ser usado ya que otorga seguridad jurídica y resulta ser axiológicamente hablando, conservador de conceptos como ecuanimidad y equidad que intentan ser respetados en todo procedimiento legal.

METODOLOGÍA: LÍNEA JURISPRUDENCIAL

El método de investigación es la forma o manera en que se alcanzara el objetivo, una estrategia general que guía el proceso de investigación (Clavijo, Guerra, & Yañez, 2014). Esta metodología se destaca por el estudio de la jurisprudencia frente a un tema concreto y de determinada Corporación, pues son las Altas Cortes la que definen la jurisprudencia del país. Después de escogida la Corporación y el tema de estudio o el problema jurídico a abordar se recolectarán las providencias con respecto a los patrones fácticos o jurídicos determinados por el problema jurídico.

Según (López, 2006) citado por (Ortiz C. , 2020), la línea jurisprudencial nace del análisis que se hace de la jurisprudencia donde es usual que se encuentren posiciones disimiles, justificadas a través de la misma jurisprudencia, lo que no implica que ella sea contradictoria, sino que para realizar el análisis jurisprudencial habrá de hacerse en conjunto y no como pronunciamientos jurídicos aislados. En pro de ello, es necesario pasar por tres fases 1. Punto arquimédico de apoyo, 2. Ingeniería de reversa y, 3. La telaraña y puntos nodales de la jurisprudencia.

Según López (2006, pág. 148) las sentencias analizadas deben tener un peso estructural fundamental, en donde el investigador debe buscar un punto medio de abstracción entre un



concepto abstracto (principio del derecho, derecho fundamental...) y las particularidades de cada caso (patrón factico o escenario constitucional), el presente trabajo se fija bajo los siguientes criterios, en primer lugar deben ser sentencias que analizan el contrato realidad, allí debe analizar si hubo o no solución de continuidad y determinar, según las interrupciones contractuales que evidenció el Juez, si hubo o no solución de continuidad, es decir que también aplica o no la prescripción de los derechos prestacionales, desde dónde se analizara según la resolución del Juez sí existe algún criterio que lo lleva a determinar esa solución de continuidad.

A fin de encontrar la sentencia arquimédica, López Medina (2006) nos otorga una ruta de búsqueda que ha de ser en las relatorías de las altas cortes, mediante los buscadores electrónicos que, para el efecto, tiene a disposición del investigador la página de la Rama Judicial, toda vez que para el tipo de investigación de la línea jurisprudencial la doctrina se queda corta con respecto de la masividad de los pronunciamientos en Colombia, es así como el autor (López, 2006) nos indica cómo seleccionarla: a) se trata de la sentencia más reciente posible, que b) contenga el caso sub examine del que trata la investigación y que logra desenredar las relaciones de citación. Es en este punto, donde no pudimos conciliar con la metodología propuesta por López Medina debido a particularidades propias del comportamiento de los Magistrados del Consejo de Estado, respecto de los de la Corte Constitucional, Corte desde la que el autor hace su análisis, puesto que, respecto del tema de investigación y las particularidades del caso concreto vemos cómo el Consejo de Estado es menos conceptualista y cada Juez es discrecional en su pronunciamiento, lo que no pasa con la Corte Constitucional que es rica en citas de la misma Corporación y que decide conforme a la unicidad de criterios.



Se explica. En nuestra búsqueda de la sentencia arquimédica y en aplicación del concepto de este tipo de sentencia, intentamos hallar aquella que según la citación nos llevara a otras y esas sentencias a otras que generaran unos niveles o pisos de citacionales que nos permitieran extraer las sentencias importantes, identificadoras de una línea que aplicaran a ese punto de abstracción, sin embargo, encontramos que en las sentencias analizadas había un solo patrón citacional pues todas citan la sentencia CE-SUJ2-05 de 2016 para argumentar hasta cierto punto la decisión sobre sí hay o no interrupciones contractuales en el tiempo en que el contratista estuvo al servicio de la Entidad pública, mencionan entonces la regla jurisprudencial de la prescripción trienal desde que se termina el contrato y es allí, donde discrecional, por no decir caprichosamente, analizan la historia contractual entre las partes.

Es ese análisis en el que se basa esta investigación, pues la pregunta es cómo opera la solución de continuidad en las sentencias del Consejo de Estado en el contrato realidad, no obstante, no se puede aplicar de forma estricta la metodología ofrecida por López Medina, ya que, las decisiones no forman “una telaraña”, al no haber citas entre unas y otras, en nuestra investigación la línea jurisprudencial ha de configurarse en un diagrama de flujo. Según (Manene, 2011) los diagramas de flujo son una representación gráfica que desglosa un proceso, actividad o la secuencia de rutinas simples que muestran el funcionamiento de algo permitiendo estudiarlo y entenderlo.

Se escoge entonces como sentencia arquimédica la sentencia con radicado 1736-15, la cual nos lleva a la CE-SUJ2-005-16 y a la 0881-14, sentencias que se traducen en la sentencia hito, en cuanto la primera, y clasificamos la segunda como sentencia reconceptualizadora.



Posteriormente, se analizan las sentencias citadas en estas dos sentencias y encontramos que las citas de la 0881-14 nos llevan a las sentencias 0131-13 que únicamente habla del tema de la prescripción y 2152-06 que nos habla de la sentencia constitutiva, tema superado en la sentencia de unificación jurisprudencial, por lo que se excluyen del presente análisis. Igualmente, se analiza la CE-SUJ-005 de 2016 de la cual es rica en citas, pero habida cuenta de la depuración en pro del punto de abstracción, resaltamos el salvamento de voto hecho por el Magistrado William Hernández Gómez.

De otro lado y mediante la ingeniería de reversa, se procederá entonces a la búsqueda jurisprudencial de las sentencias que se relacionan con el punto arquimédico, en donde haya relación con el punto de abstracción, observando el desarrollo interno, es decir, los cambios jurídicos evidenciables en dichas sentencias para con esta lista obtener el nicho citacional, de donde podremos realizar la clasificación de la mismas que nos permita crear una gráfica que nos saque de una mera idea abstracta (López, 2006). Esto es que, a través del estudio de las sentencias escogidas se determinará polos de respuesta que muestre los vaivenes en un diagrama del accionar de los jueces en sus sentencias (Sánchez, 2009).

Encontramos que nuestra sentencia hito como sentencia que presentó cambios importantes, dominante en cuanto a que se trata de una sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado y que se menciona reiterativamente en los pronunciamientos de la Corporación, es la sentencia CE-SUJ2-05 mediante la cual, el Consejo de Estado intentó unificar los criterios para determinar el contrato realidad, y desde allí partir al análisis concreto del desarrollo que le han



dado los magistrados en sus sentencias a esos conceptos unificados, analizando su motivación en las posturas que se hayan tomado frente a la solución de continuidad del contrato realidad y la regla prescriptiva dada por la sentencia. Igualmente, se hace necesario que ese análisis sea determinado en el tiempo y para el efecto se hará con respecto de los años 2016 desde cuando se emite el pronunciamiento relacionado hasta el año 2018, sin excluir aquellas sentencias anteriores al año 2016 que lleguen a evidenciar la línea que se intenta identificar.

Se advierte, que este mismo pronunciamiento es también, la sentencia fundacional o fundadora más relevante de nuestra investigación.

La presente investigación usa el método cualitativo descriptivo (Taylor & Bogdan, 1987), por cuanto lo que intenta es hacer una relación descriptiva de realidades, correlacional (Salkind, 1999) en la medida en que este estudio quiere medir un grado de relación existente entre dos o más conceptos, diacrónico en el tiempo, por cuanto el lapso temporal del estudio de las sentencias es desde el año 2016 desde que se realiza el pronunciamiento de la CE-SUJ2-005-16, hasta el año 2018. Como parte del método cualitativo se trata de una investigación enfocada en lo histórico hermenéutico (Ortiz A. , 2015) que usa como fuentes primarias de la información las sentencias judiciales de forma retrospectiva y como fuentes secundarias la ley y la doctrina.



**OPERANCIA DE LA SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD A PARTIR DE LA CE-SUJ-005
DE 2016 EN LAS SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO CUANDO CONOCE DE
LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO PARA
DECLARAR EL CONTRATO REALIDAD. 2016-2018**

ANTEPROYECTO

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

PLANTEAMIENTO DESCRIPTIVO

El artículo 122 y 125 de la Constitución Política de 1991 describen y delimitan el empleo público como una vinculación con el Estado que debe ser creado por la entidad pública, la constitución o la ley de manera tal que se describa el cargo, las funciones que se cumplirán allí y los emolumentos (factor salarial y prestacional) al que tendrá derecho el servidor público, es decir que, el empleo público debe estar previsto en la respectiva planta y los emolumentos deben estar contemplados en el presupuesto de la entidad pública. Es entonces, el servicio público la regla general de vinculación estatal y así lo determina el artículo 125 mencionado, poniendo en primer lugar a los empleos de carrera y excepcionalmente, los de elección popular y a los trabajadores oficiales, además de los que determine la ley (CONSEJO DE ESTADO, 2018).

Las personas naturales que contratan o tienen vínculo legal con el Estado están divididos en tres grupos: servidores públicos, trabajadores oficiales y contratistas; estos vínculos se caracterizan por ser una relación legal y reglamentaria, una relación a través de contrato laboral y



la relación que nace a través del contrato de prestación de servicios, respectivamente (CONSEJO DE ESTADO, 2017).

El contrato de prestación de servicios se define por el Código Civil en el artículo 1945 como la convención entre dos o más personas en donde se obligan a dar, hacer o no hacer. Por su parte, el Código Sustantivo del Trabajo lo define como la relación contractual que existe entre una persona que se obliga a desempeñar una actividad, obra o labor con sus propios medios y bajo su responsabilidad con autonomía técnica y directiva denominado allí como *contratista independiente* y la persona dueña de la obra o que se beneficia con la labor, quien está obligado a pagar un precio a cambio.

La contratación por prestación de servicios con el Estado se encuentra autorizada, principalmente, por el artículo 32 de la ley 80 de 1993 donde se especifican como condiciones que, la contratación de personas naturales deberá obedecer a conocimientos técnicos, especializados o científicos que no puedan ser cumplidos con el personal de planta, excepcional y temporalmente, para funciones ocasionales que no hacen parte de la actividad normal de la entidad y adicionalmente, cuando el personal de planta no sea suficiente, es decir que haya un desborde en la capacidad operativa de la entidad pública contratante respetando el factor temporalidad.

Desde la existencia de la norma y la facultad del Estado de contratar personas naturales para ejercer funciones públicas, se han venido suscitando conflictos entre los particulares y las entidades públicas contratantes, debido al ocultamiento o encubrimiento de verdaderos vínculos



laborares tras contratos de prestación de servicios (Vega, 2006). Dichos conflictos ventilados ante la judicatura han generado el pronunciamiento del Consejo de Estado como máximo órgano jurisdiccional en la rama de lo contencioso administrativo con la intervención destacada de la Corte Constitucional.

En la sentencia C-154 de 1997, la Corte Constitucional analiza la exequibilidad del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y funda la línea jurisprudencial que interesa al presente trabajo, puesto que, en esta sentencia se empieza a reconocer el contrato realidad con el Estado que deviene del contrato de prestación de servicios, estableciendo tres criterios para constatar su existencia, subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, elementos propios del contrato laboral. De otro lado, la sentencia C-614 de 2009 determinó que el elemento subordinación no debía ser confundido con la *coordinación*, propia de los contratos de prestación de servicios dada la facultad que tiene la entidad pública de conservar el control y vigilancia de sus funciones públicas y, en la presente se traen criterios como la permanencia y la similitud para guiar al juez a advertir la existencia o no del elemento subordinación (CONSEJO DE ESTADO, 2016).

Encontramos entonces que desde la sentencia C-154 de 1997 el Consejo de Estado ha venido pronunciándose sobre el contrato realidad, donde las diferentes salas estaban tomando decisiones que tornaban división jurisprudencial, por lo que, a través de la Sentencia de Unificación Jurisprudencial No. 05 de 2016 del 25 de agosto de ese año con ponencia del C.P. CARMELO PERDOMO CUETER (expediente: 0088-15) la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado unificó la jurisprudencia en aspectos como: 1) el Ingreso Base de Cotización



(IBC) que sería tenido en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales reconocidas, determinando que sería con base en los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios; 2) momento desde el cuál se cuenta el termino de caducidad de la acción de control esto es, de la nulidad y restablecimiento del derecho y el computo de la prescripción de los derechos, ambas de tres años solo interrumpibles por la reclamación a la administración por un término igual; 3) imprescriptibilidad y no caducidad en lo que respecta a los aportes a pensión; 4) no exigencia de conciliación prejudicial en este evento; 5) deber del juez de emitir pronunciamiento, así no haya sido pedido en la demanda, sobre los aportes a seguridad social, lo cual no será considerado extra petita por aplicación del principio *iura novit curia*; 6) el reconocimiento de las prestaciones sociales amén de la declaración del contrato realidad es a título de restablecimiento del derecho.

A pesar de todos los temas abordados en la unificación jurisprudencial, se encuentran algunos vacíos o si se quiere, conceptos no tocados y, por tanto, no unificados. En el presente trabajo se abordará y analizará la solución de continuidad en las sentencias del Consejo de Estado cuando conoce de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, acción que ha sido la identificada por la jurisprudencia como la idónea para buscar la declaración del contrato realidad, por parte del contratista que estuvo contratado por una entidad estatal, no de manera temporal, sino que logra demostrar que hubo permanencia en la prestación de su servicio.



PLANTEAMIENTO INTERROGATIVO

¿CÓMO OPERA LA SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD A PARTIR DEL AÑO 2016 EN LAS SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO CUANDO CONOCE DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO PARA DECLARAR EL CONTRATO REALIDAD?

La Sentencia de Unificación Jurisprudencial No. 05 de 2016 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a pesar de haber unificado la jurisprudencia en aspectos importantes que presentaban una evidente división y, por tanto, generaban inseguridad jurídica en cuanto, no había un precedente, se quedó corto en cuanto a la solución de continuidad en los contratos de prestación de servicios, que luego son declarados contrato realidad.

Para precisar el termino solución de continuidad se toma como definición lo expresado en materia laboral como aquella figura jurídica que se da cuando hay varios contratos, de manera que finaliza uno y comienza otro; es decir que cuando se considera que no hubo una finalización del vínculo, sino que, por el contrario, y en aplicación del principio de realidad sobre las formas se trató de un vínculo continuo la expresión que se usa es *sin solución de continuidad* (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2019).

Por su parte el Consejo de Estado ha indicado que, la acción idónea para realizar control de las acciones de las entidades públicas en búsqueda de la declaración del contrato realidad es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues lo que se busca a través de ella es anular la decisión de la administración de no reconocer el pago de las prestaciones sociales derivadas



del verdadero contrato y consecuentemente se restablezcan esos derechos prestacionales, pues debido a que el cargo no ha sido creado ni sus emolumentos están determinados en el presupuesto es imposible otorgar derechos como el reintegro o factores salariales (CONSEJO DE ESTADO, 2009).

Observamos pues, una situación fáctica común en todas las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en donde existen varios contratos suscritos por el actor y la entidad estatal que demandan obedeciendo al principio de anualidad y los diferentes temas presupuestales. Esto es que, aunque las vigencias de los contratos de prestación de servicios son inferiores a un año suele suceder que, al día siguiente, al mes o a los pocos meses siguientes la administración vuelve a contratar con el actor para un objeto contractual igual o parecido, encontrando entre ellos intervalos de tiempo más o menos cortos. Verbigracia de ello, los contratos de prestación de servicios de docentes se suscriben por el termino de duración del periodo escolar, después el docente vuelve a ser contratado al inicio del periodo escolar del año siguiente hasta la finalización del periodo escolar y así sucesivamente. Es allí donde la Corporación ha encontrado que existe el factor permanencia en el servicio, factor que es muy relevante a la hora de declarar o no el contrato realidad. Es allí, donde no sería justo aplicar el termino de interrupción de un día o dos para indicar que en la finalización de cada contrato habría que haberse dado una reclamación que interrumpiera el termino de prescripción, pues es evidente que, el docente se queda ese tiempo a disponibilidad de su empleador.



Igualmente, observamos otro tipo de situaciones fácticas que se describen a partir del contratista y su calidad, como el gremio médico y enfermería y agentes del DAS, en donde encontramos diferentes pronunciamientos en donde se ha analizado las interrupciones temporales de los contratos de forma discrecional, pues así fue se determinó en la sentencia de unificación que debía hacerse, por lo que, al no haber criterio aparente encontramos diversidad tal que se hace necesaria la unificación del criterio eventualmente, lo que al parecer está cerca de establecerse ya que mediante auto del 25 de abril de 2019 la Sección Segunda del Consejo de Estado ha abocado conocimiento con el fin de unificar jurisprudencia en este sentido en el proceso con radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-16) en donde se evidencia la disparidad de “criterios” en donde se ha interrumpido la relación contractual con un solo día de intervalo entre un contrato de prestación de servicios y otro, o se ha declarado que la relación laboral operó sin solución de continuidad con 42 días transcurridos entre un contrato y el otro.

De manera pues, que lo que se pretende es analizar cómo opera la figura de la solución de continuidad en los diferentes casos que se han ventilado en el Consejo de Estado, en qué casos puede considerarse que el vínculo fue continuo o no y si hay otros factores o elementos del contrato realidad que son determinantes para que opere la figura o no opere y, finalmente, si existe disparidad o contradicción en las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado desde la sentencia CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016 hasta el año 2018, identificando la existencia de reglas o subreglas jurisprudenciales.



OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Analizar cómo opera la solución de continuidad en las sentencias del Consejo de Estado cuando conoce de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para declarar el contrato realidad en los años 2016 a 2018.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Examinar la Sentencia SUJ2-005-16 del Consejo de Estado e identificar los lineamientos puestos por la misma para la declaración del contrato realidad.

Buscar e identificar en sentencias del Consejo de Estado, cuándo opera la solución de continuidad y cuándo se considera que hay un vínculo permanente para declarar así la existencia del contrato realidad en los años 2016 a 2018 a partir de la CE- SUJ2-005-16.

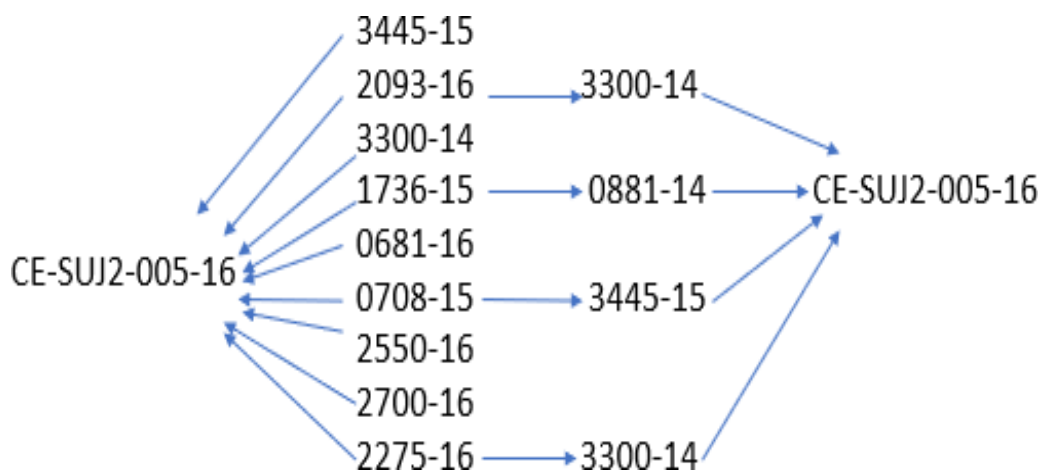
Categorizar las sentencias estudiadas mostrando la relación entre ellas, construyendo un diagrama comparativo que permita ver la línea jurisprudencial sobre cuándo opera la solución de continuidad en los contratos realidad en el Consejo de Estado Colombiano en los años 2016 a 2018.



BÚSQUEDA Y CLASIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS QUE TRATAN EL TEMA

NICHO CITACIONAL

El nicho citacional se define como aquel proceso derivado de la ingeniería de reversa (López, 2006) mediante el cual, se obtiene la información estructural del trabajo investigativo, una vez identificada la sentencia arquimédica ella dará cuenta de otros pronunciamientos con los hechos “analogizables” que nos permiten realizar un diagrama de sentencias, que al final permitirá identificar, entre otras, la sentencia fundacional o fundadora de la línea y/o “puntos nodales”, definidos por el autor como ciertos puntos que se encuentran ampliamente citados en los pronunciamientos, dando origen a la identificación de las subreglas.





2019	2018	2017	2016
SENTENCIA 17001-23-33-000- 2014-00199- 01(0708-15)	SENTENCIA 17001-23-33-000- 2014-00282- 01(2093-16)	SENTENCIA 52001-23-33-000- 2014-00307- 01(3445-15)	Sentencia de unificación jurisprudencial CESUJ2 No. 5 de 2016
AUTO que admite la unificación jurisprudencial 05001-23-33-000- 2013-01143- 01(1317-16)	SENTENCIA 76001-23-31-000- 2011-01477- 01(0681-16)	SENTENCIA 08001-23-31-000- 2007-00062- 01(1736-15)	SENTENCIA 68001-23-33-000- 2013-00174- 01(0881-14)
	Sentencia 25000- 23-42-000-2012- 01454-01(2550-16)		



	Sentencia 25000- 23-42-000-2013- 05202-01(2700-16)		
	Sentencia 08001- 23-33-000-2014- 01649-01(2275-16)		
	68001-23-33-000- 2013-00689- 01(3300-14)		

Se llama la atención en que en este esquema sólo relacionamos las sentencias que, efectivamente se escogieron como parte de la línea, puesto que, en la búsqueda de las sentencias relevantes para el trabajo, se realiza un rastreo desde el año 2020, un rastreo que si se trajera a colación seria excesivamente largo e innecesario, solo para citar un ejemplo, la sentencia 0708-15 trae las siguientes citaciones de las que únicamente, se encontró relevancia en una.

	SUJ2-05	<u>3445-15</u>
	4074-15	1048-15
	1131-12	2811-15
	7934	2634-14
0708-15	0131-13	
	4336-15	
	1808-11	
	1201-08	
	1826-16	



Igualmente, encontramos que otros pronunciamientos, que son su gran mayoría, hacían alusión a pocas sentencias en cuanto al tema de la investigación como la sentencia 2093-16 así:

2093-16	CE-SUJ2-05 si presta relevancia 0153-13 no presta relevancia 3300-14 si presta relevancia	}
---------	---	---

La mayoría de nuestras sentencias no se interrelacionan, puesto que, vemos que el Consejo de Estado como Corporación requiere de unificación jurisprudencial constante debido a que, no actúan como cuerpo lo que sí vemos en la Corte Constitucional, por ejemplo. Esta Corporación a pesar de estar dividida en salas conformadas por tres magistrados, no suelen aclarar el voto o salvarlo -todo ello frente a nuestro tema de investigación-, a pesar de que cada uno se pronuncia de forma diferente sobre el análisis a la solución de continuidad, tampoco suelen citar otros fallos para defender su postura, pues al parecer entienden que es discrecional y es allí donde encontramos una dificultad grande para hacer una “telaraña” en términos de López Medina (2006, pág. 168), pues no había una interconexión en sí, el único pronunciamiento que une a las sentencias analizadas es la CE-SUJ2-05-16 pues en sus fallos, los magistrados hacían alusión a la regla de la prescripción trienal ya que en cada caso concreto habría de mirarse los periodos de interrupción entre los contratos para que en caso de identificarse rupturas en el vínculo laboral (solución de continuidad) se contabilizara la prescripción respecto de cada cual, es por ello que en nuestro trabajo en vez de la telaraña se relacionan los diferentes pronunciamientos en diagrama de flujo.

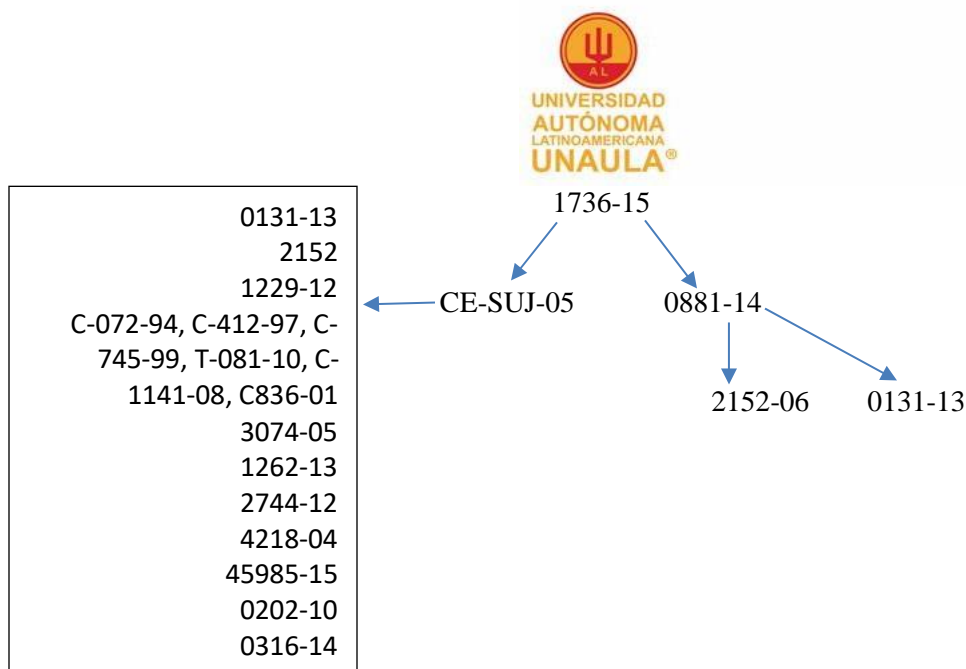


SENTENCIA ARQUIMÉDICA

La sentencia arquimédica es con la que “el investigador tratará de dar solución a las relaciones estructurales entre varias sentencias” (López, 2006) y debe cumplir con los requisitos de 1) que sea lo más reciente posible y 2) tener el mismo patrón factico según la abstracción que se hizo del escenario constitucional, derecho o principio. En la presente investigación y por tratarse de una sentencia cuyo patrón factico está relacionado con la pregunta a resolver (Duque & Duque, 2016), adicional a que nos muestra o nos guía en una serie de decisiones que nos permite identificar las sentencias fundacionales y reconfirmadoras de la línea como sentencias hito, ubica la sentencia 08001-23-31-000-2007-00062-01(1736-15) de la M.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ del 4 de mayo de 2017.

Es en nuestra línea la única sentencia que cuenta con citación referente a la operancia de la solución de continuidad en el Consejo de Estado en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se reconoce el contrato realidad, igualmente, es de las pocas sentencias que cuentan con criterio fijo para determinar el computo de los días que deben pasar para que se declare que un vínculo laboral fue o no continuo, lo que marca el presente trabajo investigativo con las particularidades mencionadas.

Esta sentencia se convierte en nuestro punto arquimédico de apoyo, en cuanto al siguiente diagrama.



SENTENCIA HITO

Por su parte, hemos escogido como sentencia hito la Sentencia de unificación jurisprudencial CESUJ2 No. 5 de 2016 EXP: 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15), del C.P. CARMELO PERDOMO CUÉTER de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, resaltando la importancia de la misma al ser la sentencia que reconceptualiza y funda la línea jurisprudencial sobre el contrato realidad con el Estado y allí unifica la jurisprudencia en cuanto factores como i) acción idónea para reclamar de la jurisdicción el reconocimiento de la relación laboral y los derechos prestacionales derivados de ella; ii) tiempo de la prescripción extintiva de los derechos laborales y computo; iii) derechos que se consideran imprescriptibles; iv) deber de declarar derechos imprescriptibles una vez comprobada la relación laboral, así no hayan sido solicitados en la demanda; y v) descarta la conciliación como requisito, enunciación que se hace en síntesis ya que tiene otro orden y numeración en la sentencia.



La sentencia hito “es aquella que pertenece al repertorio frecuente de las sentencias subsiguientes y que proveen la retórica y marco de análisis en el tema concreto que se estudia” (López, 2006). En nuestro trabajo la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016 cobra especial importancia, toda vez que, como quedó evidenciado en el diagrama presentado en el nicho citacional, es el factor más importante, la sentencia que une las demás y el hilo conductor y no solamente, la que encontraríamos al final de la línea, pues téngase en cuenta que, en el presente trabajo la sentencia que se encuentra hasta el final de la línea temporal es la que, hemos denominado según su radicado interno en la Corporación, como 0881-14.

En la sentencia hito escogida, se construye los tipos de casos de análisis analógicos (Bustamante, 2014), esto es que corresponde al punto arquimédico de apoyo y es el resultado de la ingeniería de reversa, generadora de los puntos nodales y de los polos de respuesta encontrados (López, 2006).

SENTENCIAS CONFIRMADORAS DE LA LÍNEA

Según López Medina (2006, pág. 166) las sentencias confirmadoras del principio son aquellas donde se denota la aplicación a los casos nuevos del principio o ratio contenido en una sentencia anterior, conforme al deber de obediencia al precedente. Como pudo evidenciarse desde nuestro diagrama de flujo y el nicho citacional, el grueso de las sentencias analizadas tiene dos acepciones, en primer lugar, son confirmadoras del principio o de la regla establecida en la sentencia de unificación jurisprudencial como sentencia hito pues en todo momento toman la ratio de la sentencia y la regla concreta (Duque & Duque, 2016), esta es:



Regla i “quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.” P. 38

Regla vi “el estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral” p.38

No obstante, en cuanto al tema analizado que, tiene un nivel de abstracción tal que no nos deja simplemente, en el contrato realidad ni en la regla establecida en la sentencia CE-JU2-05-16 sino que nos lleva a abarcar el tema de la operancia de la solución de continuidad, encontramos que entonces, las decisiones se distancian de la SU para ser totalmente discrecionales, por no decir, caprichosas, tornándose argumentativamente confusas o inconcluyentes (López, 2006), pues existe baja argumentación del porqué se llega a esas conclusiones o al menos se dificulta la identificación de la ratio decidendi que presentan.

Estas sentencias son:

1. Sentencia con radicado 76001-23-31-000-2011-01477-01(0681-16) del 6 de octubre de 2018, C.P. GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A.



2. Sentencia con radicado 25000-23-42-000-2012-01454-01(2550-16) del 1 de noviembre de 2018, C.P. CARMELO PERDOMO CUETER. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B.
3. Sentencia con radicado 17001-23-33-000-2014-00282-01(2093-16) del 28 de noviembre de 2018 C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A.
4. Sentencia 08001-23-31-000-2007-00062-01(1736-15) del 4 de mayo de 2017. CP. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B.
5. Sentencias 17001-23-33-000-2014-00199-01(0708-15) del 12 de septiembre de 2019. CP. RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A.
6. Sentencia 25000-23-42-000-2013-05202-01(2700-16) del 6 de diciembre de 2018. CP. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A.
7. Sentencia 08001-23-33-000-2014-01649-01(2275-16) del 22 de noviembre de 2018. CP. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A.



Como sentencia que se sale totalmente de la línea jurisprudencial fijada en la sentencia hito encontramos la sentencia con radicado 52001-23-33-000-2014-00307-01(3445-15) del C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ del 12 de octubre de 2017.

SENTENCIAS FUNDACIONALES

Este tipo de sentencia es definida como aquellos fallos, usualmente proferidos en el inicio de la actividad jurisprudencial de la Corte Constitucional (López, 2006), sentencias que están plagadas de doctrina, momentos históricos relevantes y derecho comparado que se apoyan en el vacío jurisprudencial de entonces para crear reformas sociales, es decir que, toman poca o ninguna postura jurisprudencial precedente.

A fin de determinar las sentencias fundadoras de la línea hemos de volver, nuevamente al diagrama presentado en el punto arquimédico de apoyo, donde la sentencia CE-SUJ2-05, nos da cuenta de las siguientes sentencias de orden constitucional: C-072-94, C-412-97, C-745-99, T-081-10, C-1141-08 y C-836-01, citación de la que resaltamos la sentencia C-072 de 1994 citada en la sentencia C-916 de 2010 que analiza la constitucionalidad del D-3135 de 1968, decreto que determina la prescripción trienal como termino para reclamar de la administración los derechos derivados de la relación laboral o contractual a partir de cuándo los derechos se hubieren hecho exigibles, primera base de la abstracción que se hizo en el planteamiento del problema. No obstante, y a sabiendas de que la presente investigación es sobre las sentencias del Consejo de Estado se tiene también como sentencia fundadora, la sentencia 0131-13 mencionada en la sentencia hito y la sentencia arquimédica, como sentencia en la que se establece el termino de



tres años para contabilizar la prescripción respecto de la acción para reclamar de la jurisdicción la declaración del contrato realidad.



REFERENCIAS

Referencias

C-154 (1997 de marzo de 1997).

C-614 (2009 de Septiembre de 2009).

47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08) (CONSEJO DE ESTADO 1 de julio de 2009).

68001-23-31-000-2009-00146-01(1773-15) (CONSEJO DE ESTADO 6 de octubre de 2016).

68001-23-31-000-2009-00691-01(1579-15) (CONSEJO DE ESTADO 15 de septiembre de 2016).

52001-23-33-000-2014-00307-01(3445-15) (CONSEJO DE ESTADO 17 de octubre de 2017).

81001-23-33-000-2013-00118-01(0973-16) (CONSEJO DE ESTADO 26 de octubre de 2017).

17001-23-33-000-2014-00282-01(2093-16) (CONSEJO DE ESTADO 28 de noviembre de 2018).

13001-23-33-000-2013-00072-01(2852-14) (CONSEJO DE ESTADO 25 de octubre de 2018).

76001-23-31-000-2011-01477-01(0681-16) (CONSEJO DE ESTADO 6 de octubre de 2018).

08001-23-33-000-2013-00006-01(1913-14) (CONSEJO DE ESTADO 26 de noviembre de 2018).

25000-23-42-000-2012-01454-01(2550-16) (CONSEJO DE ESTADO 1 de noviembre de 2018).

25000-23-42-000-2013-05202-01(2700-16) (CONSEJO DE ESTADO 6 de diciembre de 2018).

08001-23-33-000-2014-01649-01(2275-16) (CONSEJO DE ESTADO 22 de noviembre de 2018).

SL-981 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA LABORAL 20 de febrero de 2019).

Bustamante, D. (2014). La violencia sexual como tortura. Estudio jurisprudencial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 44(121), 461-502.

Clavijo, D., Guerra, D., & Yañez, D. (2014). *Método, metodología y técnicas de la investigación aplicada al derecho*. Bogotá DC: Grupo Editorial Ibañez .

Contrato realidad, 81001-23-33-000-2013-00118-01(0973-16) (CONSEJO DE ESTADO 26 de octubre de 2017).



- contrato realidad, 76001-23-31-000-2011-01477-01(0681-16) (CONSEJO DE ESTADO 6 de octubre de 2018).
- Duque, N., & Duque, S. (2016). El derecho fundamental a una Pensión y el principio de sostenibilidad financiera: una análisis desde el régimen de prima media con prestación definida en Colombia. *Justicia Juris*(12), 40-55.
- López, D. (2006). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Manene, L. (28 de Julio de 2011).
https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/60656037/Los_diagramas20190920-8696-u4r0qz.pdf?1568997372=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DEl_28_julio_2011_en_Estructura_Organizat.pdf&Expires=1623082684&Signature=cByK6CXwXEbsmg8b3NFOCQd3U8NEDeT12Z. Obtenido de LOS DIAGRAMAS DE FLUJO: SU DEFINICIÓN, OBJETIVO, VENTAJAS, ELABORACIÓN, FASES, REGLAS Y EJEMPLOS DE APLICACIÓN.
- Ortiz, A. (2015). *Enfoques y Métodos de Investigación en las Ciencias Sociales y Humanas*. Bogotá D.C. : Ediciones de la U.
- Ortiz, C. (2020).
<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/23821/2020OrtizCarolina1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Recuperado el 25 de mayo de 2021
- Salkind, N. (1999). *Métodos de Investigación*. Mexico: Prentice Hall.
- Sánchez, R. (2009). Boletín Mexicano de Derecho Comparado. *Revista del IJ*(124). Recuperado el 25 de mayo de 2021
- SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL No. 5 de 2016, 882015 (CONSEJO DE ESTADO 25 de agosto de 2016).
- Taylor, S., & Bogdan, R. (1987). *Introducción a los Métodos Cualitativos de la Investigación*. Barcelona: Paidós.
- Vega, M. (2006). El debate jurídico en torno al contrato de prestación de servicios. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, IX(17), 67-75.



ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA FIGURA DE LA SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD EN EL CONTRATO REALIDAD CON EL ESTADO.

NICHO CITACIONAL

2019	2018	2017	2016
SENTENCIA 17001-23-33-000- 2014-00199- 01(0708-15)	SENTENCIA 17001-23-33-000- 2014-00282- 01(2093-16)	SENTENCIA 52001-23-33-000- 2014-00307- 01(3445-15)	Sentencia De Unificación Jurisprudencial CESUJ2 No. 5 De 2016
AUTO que admite la unificación jurisprudencial 05001-23-33-000- 2013-01143- 01(1317-16)	SENTENCIA 76001-23-31-000- 2011-01477- 01(0681-16)	SENTENCIA 08001-23-31-000- 2007-00062- 01(1736-15)	SENTENCIA 68001-23-33-000- 2013-00174- 01(0881-14)



	Sentencia 25000- 23-42-000-2012- 01454-01(2550-16)		
	Sentencia 25000- 23-42-000-2013- 05202-01(2700-16)		
	Sentencia 08001- 23-33-000-2014- 01649-01(2275-16)		
	68001-23-33-000- 2013-00689- 01(3300-14)		

1. CONSTRUCCIÓN DE GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL Y ANÁLISIS DINÁMICO DE LA TEORÍA JURÍDICA INTEGRAL.

Según López Medina (2006, págs. 139, 140) posterior a llegar al nivel de abstracción que nos lleve al patrón factico concreto identificando el escenario factico relevante y habiendo identificado las sentencias relevantes, es necesario construir la teoría



o teorías estructurales, definida como la narrativa jurídica sólida y comprensiva más o menos definida que sirva como regla de conducta o estándar de crítica a la actividad de los jueces, en la presente investigación se cumple más con la segunda de estas utilidades, debido a la naturaleza de los fallos que está llevando el Consejo de Estado hasta el momento, ya que no se logra ver un orden que le permita al litigante o jurista poder tener una regla conductual.

GRÁFICA |

SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD

El vínculo se rompe cuando ha transcurrido lapsos de tiempo considerables entre un contrato y otro	<p>S C.E. 0681-16 S C.E. 2550-16</p> <p>S. C.E. 1736-15 S. C.E. 0881-14</p> <p>S. C.E. 3300-14 S C.E. 2093-16 S C.E. 2700-16 S C.E. 2275-16</p>	El vínculo se rompe hasta con el transcurso de un día de interrupción entre un contrato y otro
Se rompe vínculo con 15 días hábiles		

ANÁLISIS DINÁMICO

Cómo opera la solución de continuidad a partir de la CE-SUJ2-005 de 2016 en las sentencias del consejo de estado cuando conoce de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para declarar el contrato realidad.



El presente estudio tiene como base la Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2-005 de 2016, mediante la cual se unificó la jurisprudencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en los siguientes puntos que sintetizamos, según el interés o punto de abstracción del presente trabajo: 1) el término de prescripción de los derechos prestacionales que han de otorgarse al contratista que pretenda de la jurisdicción la declaración del contrato realidad, es de tres años contados a partir de la finalización del contrato de prestación de servicios como fecha en la que se hacen exigibles los derechos y, 2) en cada caso concreto, el juez mirara las interrupciones contractuales a fin de verificar que la relación o vínculo laboral haya sido continuo, en caso de confirmar interrupciones ha de establecer con respecto de cada uno la prescripción extintiva de los derechos. Puntos que serán en el presente trabajo y para el Consejo de Estado las reglas (López, 2006).

Dentro de los supuestos facticos hemos de ver que, parte del actuar fraudulento por parte de las entidades públicas, es la finalización de cada uno de los contratos y el inicio del sucesivo, en donde el Juez ha de determinar según la experiencia y el comportamiento de las partes, si se trató de una vinculación laboral sin solución de continuidad, es decir, permanente o no. E igualmente, ha de observarlos con el fin de determinar la inactividad en el ejercicio de sus derechos por parte del trabajador.

Este supuesto fáctico tiene consecuencias jurídicas, que hemos denominado en el presente trabajo como operancia de la solución de continuidad, figura definida como aquella en la que una relación laboral ha sido por periodos o tramos de tiempo, lo contrario es sin solución de



continuidad en donde por el principio de realidad sobre las formas se considera que la relación laboral fue sucesiva, ininterrumpida, continua (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2019). En este nivel, es que se empieza a indagar sobre las subreglas (López, 2006), subreglas que están definidas en los polos de respuesta encontrados.

Dentro de la presente investigación también observamos que para el reconocimiento del contrato realidad como primera fase deben estar presentes supuestos facticos relevantes: i) el demandante debe tener la calidad de contratistas del Estado, toda vez que se observó que en los casos de tercerización o intermediación laboral y contratos verbales, no se reconoció relación laboral alguna con el Estado, al considerar el contrato de prestación de servicios como prueba reina y fundamental de la voluntad fehaciente de la entidad estatal de incumplir con la obligación de crear los empleos de planta para el cumplimiento de sus funciones y por el contrario, simula verdaderas relaciones laborales tras el contrato de prestación de servicios; ii) entre la entidad estatal y el contratista en todos los casos hubo dos o más contratos de prestación de servicios que le dieron la característica de permanencia, prohibida por el artículo 32 de la ley 80 de 1993, es decir que se desvirtúa el elemento temporal del contrato de prestación de servicios; iii) el demandante debe cumplir con la carga de la prueba y no solo demostrar que se perdió la excepcionalidad, sino también que, estuvo bajo subordinación continuada al cumplir horarios, recibir órdenes y ser objeto de la facultad disciplinaria del empleador –entidad pública-, de manera tal que, se pierde el factor coordinación del contrato de prestación de servicios y; iv) las actividades que desempeña el contratista hacen parte de la misión de la entidad pública y durante el desarrollo de la misma, además de no haber tenido autonomía, su actuar debe



equipararse a los empleados de planta. Estos supuestos son identificados en el presente trabajo como reglas propias de la figura del contrato realidad, no obstante, necesarias pues el tema de estudio específico del presente trabajo depende de ellas.

Definidas pues las reglas, pasamos a analizar cómo opera la figura de la solución de continuidad en las sentencias del Consejo de Estado cuando conoce de los procesos de nulidad y restablecimientos de derechos, que buscan de la judicatura, la declaración del contrato realidad y consecuentemente, el reconocimiento de las prestaciones sociales a las que habrían tenido derecho en caso de haber sido empleados de forma legal, encontrando dos polos de respuesta y uno intermedio, polos de respuesta que responden al planteamiento de interrogantes como, una vez definido por la sentencia de unificación jurisprudencial que el término de prescripción extintiva es de tres años para el reconocimiento de las prestaciones sociales no periódicas, existen criterios que le permitan al juez decir cuándo si o cuando no se rompe el vínculo contractual, en su jurisprudencia los jueces han creado esos criterios, cómo resuelven sí hubo o no solución de continuidad.

En la identificación de los polos de respuesta vemos que todo depende de los días transcurridos entre la finalización de un contrato y el inicio del siguiente, allí es donde el juez, discrecionalmente, ha de definir si opera la solución de continuidad de los contratos, define los periodos de tiempo que tuvo el contrato y finalmente, los contrasta con la interrupción de la prescripción que ha de ser la reclamación administrativa del reconocimiento de la relación laboral y los derechos prestacionales ante la entidad pública contratante.



En cuanto a si existe o no un criterio que le permita al juez definir qué días deben transcurrir para considerar que la relación laboral es continua o no, encontramos en la sentencia con radicado interno 1736-15 del 4 de mayo de 2017 de la C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, que se toma el inciso segundo del artículo 45 del Decreto 1042 de 1978 que reza:

“ARTÍCULO 45. De la bonificación por servicios prestados. A partir de la expedición de este Decreto, créase una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 1°.

Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial. Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 1 de este decreto, el tiempo laborado en el primero se tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio.

Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

La bonificación de que trata el presente artículo es independiente de la asignación básica y no será acumulativa.” Negrillas y subrayas nuestras.

El aparte normativo mencionado es usado por analogía entonces y encontramos que, en esta sentencia también hay apoyo en un pronunciamiento anterior que predica la misma aplicación



análoga de la norma, esta sentencia es la que corresponde a radicado interno No. 0881-14 del 23 de junio de 2016 del CP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, siendo estas las únicas sentencias encontradas que se relacionan entre sí, en cuanto al tema de estudio, pues las demás únicamente hacen referencia a la regla establecida en la sentencia de unificación jurisprudencial, decidiendo y analizando el vínculo contractual sin determinación de la ratio que llevan a pronunciarse de tal manera. Igualmente, encontramos múltiples sentencias aun de la misma magistrada mencionada, donde ella misma, ha decidido en ocasiones declarar que hubo contratos continuos con 45 días de diferencia entre uno y otro, por lo que no podríamos decir que es un criterio de la sala a la que ella pertenece, ni siquiera un criterio propio, lo que sí es claro es que hace parte de un tramo de las decisiones que son más garantistas, como las que vemos en la gráfica anterior al lado

Pasemos entonces, a mirar si los jueces de la Corporación se han fijado algún criterio para determinar el lapso temporal que ha de transcurrir para interrumpir o no el vínculo laboral. Para el efecto, se haya que en las sentencias del CP. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ existe un criterio de interpretación de la sentencia de unificación donde incluso con el transcurrir de un solo día de interrupción entre un contrato de prestación de servicios y otro ha de analizarse si hubo o no solución de continuidad y consecuentemente, aunque sea un solo día el de interrupción ha de declararse interrumpido el vínculo, aplicando el termino de prescripción respecto de cada uno de los periodos inactivos, incluso en el caso de los docentes como se pudo evidenciar en la sentencia 3300-14 del 18 de julio de 2018 de este Consejero, que en nuestra opinión viola el principio de realidad sobre las formas pues es, evidente que la entidad pública



aprovecha la vacancia escolar para determinar los periodos de vinculación con el docente y es entonces donde la regla de la permanencia en el servicio establecida para el contrato realidad, pierde todo sentido.

No obstante, se resalta el aclaramiento del voto que hiciera este mismo Consejero en la CE-SUJ2-005-16 donde se pregunta por el termino de los días en que ha de considerar que el vínculo se interrumpe, proponiendo el decreto 1042 del 1978 como respuesta, sin embargo, el criterio mencionado, con antelación, ha sido de radical aplicación en las sentencias analizadas y frente a todos los supuestos facticos.

Finalmente, se debe advertir que existe una disparidad de pronunciamientos que no permiten identificar un criterio como tal y que son, lastimosamente, la mayoría. Se trata de unos pronunciamientos más garantistas donde más o menos se puede entrever, que el transcurso de los días ha de ser considerable, esto es al menos de un mes -30 días-, que igualmente, analizan el caso concreto y podemos ver entre estos fallos que se analiza más el principio de realidad sobre las formas, en donde, verbigracia, entra el gremio de los docentes a ser protegido como en la misma CE- SUJ2-005-16 se hiciera, como en la sentencia de radicado interno No. 0881-16, 2550-16 y otras sentencias excluidas del presente trabajo aunque no del análisis, debido precisamente a la falta de identidad de un criterio como las que corresponden a radicado interno No. 1579-15, 2852-14, 1913-14, 1773-15, 0973-16, 3545-15 y tantas otras.



POLOS DE RESPUESTA

Según López Medina (2006, pág. 141) la línea jurisprudencial es una idea abstracta hasta que se gráfica, momento en el cual se convierte en pregunta o problema jurídico bien definido, bajo el que se abre un espacio abierto de respuestas que debe ser grafiado en búsqueda del patrón del desarrollo decisional, ese espacio abierto ha de generar respuestas extremas bipolares.

Primer punto polar

Se mira en cada caso concreto el lapso de tiempo entre un contrato y el siguiente, de manera que el tiempo entre uno y otro ha sido considerable, no se trata de uno o pocos días, sino que se observan intervalos que están por cumplir un mes o que ya lo han cumplido y de intervalos de meses. En algunas sentencias, el transcurso de días no es óbice para declarar el contrato sin solución de continuidad, sino que debe de haber pasado un mes o más para considerar la relación laboral interrumpida, lo que en definitiva lo hace una posición más garantista y que mira hondamente el principio de realidad sobre las formas y el criterio permanencia en el servicio.

Segundo punto polar

Conforme a la premisa de que, en aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización, se analiza de manera rigurosa la finalización de cada contrato y aplica la solución de continuidad en cada uno de ellos con que siquiera haya transcurrido un día entre uno y otro contrato, incluso, aunque se trate de circunstancias especiales



como las de los docentes. Se trata de decisiones más radicales, que no miran circunstancias fácticas adicionales al mero transcurrir del tiempo y no ahonda en la voluntad de las partes ni en el factor permanencia, no obstante, no deja de ser un criterio claro.

Punto intermedio.

Aunque, respetando la definición de los puntos polares de respuesta no habría lugar a un punto intermedio, nos parece importante resaltar un criterio intermedio que ofrece seguridad jurídica, con respecto del primer punto polar y pronunciamientos más justos, con respecto del segundo punto polar.

Este punto de respuesta lo dan los pronunciamientos en los que se usó analógicamente la norma establecida en el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978, estableciendo 15 días hábiles de interrupción contractual para considerar, que sobrepasados habría lugar a la solución de continuidad que rompe el vínculo laboral y desde el cual, ha de analizarse la prescripción trienal en caso de que la reclamación haya sido presentada a destiempo.

PUNTO ARQUIMÉDICO DE APOYO

La sentencia más reciente que da cuenta del mismo factor fáctico y que presentaba importancia jurídica a la presente investigación es la sentencia con radicado Sentencia 08001-23-31-000-2007-00062-01(1736-15) del 4 de mayo de 2017. CP. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B, escogida por ser la sentencia que guarda más o



menos coherencia con el concepto de sentencia arquimédica (López, 2006), teniendo en cuenta todas las dificultades presentadas con el tema de la investigación y con el tipo de Corporación elegida, debido a que, cada Consejero Ponente se mostró discrecional en la toma de la decisión analizada, según el punto de abstracción que contiene la pregunta problematizadora.

Según López (2006), el punto arquimédico es una sentencia que sirve al investigador en la tarea de dar solución a las relaciones estructurales entre varias sentencias. El cómo encontrar esta sentencia “es cuestión abierta a la recursividad del investigador” ubicada dentro del escenario constitucional relevante, con el nivel de abstracción requerido para el tema de la investigación, siendo esta la más actualizada posible.

La sentencia se convierte en el punto arquimédico de apoyo no solo por el carácter temporal, necesariamente, sino por contener citas que nos llevaran a varios niveles de citación y nos permitieran realizar el nicho citacional, igualmente, por tratarse de un pronunciamiento con una respuesta importante para el presente trabajo que nos permitió llegar a los polos de respuesta, es decir, que era la única sentencia que nos permitía más o menos desarrollar la metodología planteada.

CONCLUSIONES

A modo de conclusión se puede colegir que no hay criterio preponderante a la hora de declarar la solución de continuidad. Encontramos sentencias donde ya casi transcurría un mes y se declaró el vínculo sin solución de continuidad; observamos sentencias donde ese analizaba el transcurso de varios días donde casi se acercaba el mes y donde transcurría un mes o más,



considerado por el juez como un lapso determinante y entonces se declaraba la solución de continuidad; y encontramos un solo Consejero Ponente que parece haber cambiado su posición con respecto a lo mencionado en su aclaración de voto de la CE-SUJ2-05-16, específicamente hablamos del C.P. William Hernández Gómez de la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, pronunciamientos en los que se toma una posición rigurosa al considerar que un solo día de diferencia es determinante de división en el vínculo laboral, por lo que, amén de la figura de la solución de continuidad se computa el término de prescripción trienal para reclamar de la entidad pública el reconocimiento de la relación laboral y por ende, interrumpir dicho termino.

Esta interpretación de la figura no era a nuestra vista muy justa, por lo que, se requería de manera urgente la unificación jurisprudencial en este sentido para evitar semejante violación de los derechos laborales de quienes han prestado de manera subordinada y dependiente sus servicios a una entidad pública; no obstante una vez aprobado nuestro trabajo de grado, hubo unificación jurisprudencial frente al tema que nos ocupa, el cual fue unificado en la segunda regla establecida por el Consejo de Estado.

Es así como mediante Auto del 25 de abril de 2019 del proceso con radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16), el Consejo de Estado ha decidido admitir la solicitud unificación jurisprudencial sobre el término que ha de transcurrir entre un contrato de prestación de servicios y otro, para declarar los vínculos laborales con o sin solución de continuidad, toda vez que, avizoran la inseguridad jurídica generada con los pronunciamientos sobre el tema, pues cada juez



actúa de forma discrecional y la sala no dice nada frente a los pronunciamientos del ponente, a pesar de que todos tienen criterios distintos y no suelen apoyarse en sentencias anteriores para indicar el porqué de la decisión que es tema de investigación, no aclaran ni salvan el voto y es, entonces donde se genera un caos jurídico.

Conforme a lo señalado en el Auto del 25 de abril de 2019, el Consejo de Estado, por medio de la Sentencia SUJ-025-CE-S2-2021, unificó jurisprudencia frente a tres reglas:

- (i) La primera regla define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.
- (ii) La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.
- (iii) La tercera regla determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal.



ANEXOS

FICHAS JURISPRUDENCIALES Y ANÁLISIS ESTÁTICO

Maestrando	ANA ISABEL AVENDAÑO DUQUE
Ficha No.	1
1. Identificación de la providencia	
Numero	52001-23-33-000-2014-00307-01(3445-15)
Fecha	2 DE OCTUBRE DE 2017
Corporación	CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B
Consejero ponente	SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Magistrado(s) que aclaran(n) el voto	
Magistrado(s) que salvan(n) el voto	
2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad)	
Nulidad del acto administrativo contenido en el oficio del 12 de diciembre de 2013 expedido por el alcalde de Linares-Nariño, por medio de cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral que sostuvo entre el 11 de febrero de 2000 y el 16 de septiembre de 2008.	
3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso)	



a señora BLANCA LILIA TORRES presento demanda de Nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo contenido en oficio del 12 de diciembre de 2013, expedido por el Alcalde del Municipio de Linares en el departamento de Nariño, por medio del cual, se niega el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral entre la demandante y la entidad demandada desde el 11 de febrero de 2000 y el 16 de septiembre de 2008, solicitando el pago de las prestaciones sociales y los aportes a seguridad social indexados al momento del pago.

En la sentencia no se especifican o relacionan los contratos de manera que, se pudiera observar si hubo o no interrupciones entre los mismos, no obstante, se destaca que la señora demandante y el Municipio de Linares celebraron varios contratos entre el periodo comprendido como se indicó, último de ellos celebrado para el 3 de noviembre y hasta el 31 de diciembre de 2007, todos para el transporte de basura desde el corregimiento de Tabiles hasta el lote de relleno sanitario “Cuatro Esquinas”.

4. problema jurídico-Corte-Consejo de Estado (según el caso)

Se tratan los siguientes temas: trámite de las excepciones de la ley 1437 de 2011, normatividad reguladora de la prescripción, lo que ha dicho la jurisprudencia, y caso concreto.

El trámite de las excepciones de mérito de la ley 1437 prevé que el término de contestación de la demanda y oportunidad para presentar esas excepciones es el previsto en el artículo 175, posteriormente se dará traslado a la parte demandante por tres días según el párrafo 2º del mismo artículo. Para darle trámite a las excepciones se abrirá audiencia inicial del artículo 180 y según el No. 6 se decidirá, entre otras, sobre la excepción de prescripción extintiva. De la decisión se otorga recurso de apelación y suplica.

5. Tesis jurisprudencial

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, sin embargo, 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, por lo que, la parte demandante debe acudir al reclamo para que la administración restablezca su derecho, dentro de los tres años siguientes a su retiro y luego acudir a la jurisdicción en término.



6. Normas jurídicas relevantes para el caso

Artículo 102 Decreto 1848 de 1969 que reglamentó el Decreto 3135 de 1968 (ART 41).
Ley 1437 de 2011

7. Ratio Decidendi

La normatividad atinente a la prescripción sobre acciones tendientes a tener reconocimientos laborales de prestaciones sociales a servidores públicos y trabajadores oficiales la encontramos en el artículo 41 D-3135 de 1968, la cual establece un término de tres años contados desde que la respectiva acción “se haya hecho exigible” y la misma consagración se hace en el decreto reglamentario Art. 102 D-1848 de 1969.

La jurisprudencia ha determinado al respecto que, ambos decretos avizoran que se cuenta con el termino de tres años a partir de que el derecho se hizo exigible para que prescriba la acción y cita la sentencia del CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “B” Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PÁEZ, 23 de septiembre de 2010. Radicación número: 47001-23-31-000-2003-00376-01(1201-08), al igual que estipula que la reclamación a la entidad pública interrumpe el termino por el mismo periodo.

Sobre el asunto se precisa que existía una tesis manejada por el Consejo de Estado donde se contabilizaban esos tres años, a partir de, la sentencia que declaraba la existencia de la relación laboral. No obstante, la tesis manejada por la Corporación actualmente es la que el computo trienal se hace a partir de la terminación del vínculo laboral. En síntesis, la Sala aduce que, para justificar un tiempo mayor a los tres años se debe haber instaurado reclamación ante la administración y esta interrumpirá el termino por uno igual, es decir, tres años más.

Frente al caso concreto, encuentra la Sala que la demandante termina su relación laboral con el Municipio de Linares el 31 de diciembre de 2007 y que realizó la reclamación para el reconocimiento de sus acreencias laborales ante la administración el 22 de noviembre de 2013,



por lo que no se accede a las pretensiones de la demanda y en consecuencia confirma la sentencia del Tribunal Administrativo de Nariño.

Y como particularidad de la sentencia se resalta la siguiente decisión:

No obstante, lo anterior, en lo referente al aspecto prestacional, en punto de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, se tiene que decir que el mismo deberá ser puesto en conocimiento de esta jurisdicción al momento en que el interesado controvierta la legalidad de los actos a través de los cuales se defina su derecho pensional.

8. Regla jurisprudencial

SUPUESTO FACTICO: celebración de varios contratos de prestación de servicios con un mismo objeto contractual, entre la administración de Linares-Nariño y la demandante, que podían dejar entrever que se simulaba una relación laboral tras dichos contratos.

Se tendrá que realizar la reclamación a la administración dentro de los tres años, contados a partir de la terminación del último contrato.

CONSECUENCIA JURÍDICA: declaración de la existencia del contrato realidad. Prescripción extintiva.

REGLA ESTABLECIDA EN LA SENTENCIA: para reclamar de la administración los derechos prestacionales, no se podrá exceder el término de la prescripción de los derechos laborales, lo que también opera para la caducidad de la acción, conforme el D-3135 de 1968, contados a partir de la terminación de la relación laboral.

9. Decisión

Confirma sentencia. No accede a las pretensiones

10. Aclaraciones de voto

No hubo



11. Salvamento de voto
No hubo
12. Análisis jurídico
<p>Esta sentencia obedece a línea jurisprudencial sobre prescripción trienal para reclamar el reconocimiento de la relación laboral por aplicación del principio de realidad sobre las formas. No obstante, en esta decisión a pesar de que la parte demandante, quien apela, solicita el reconocimiento de las prestaciones sociales periódicas, la sala no analiza si hubo o no contrato realidad y si tenía derecho a las prestaciones sociales que no prescriben, en este sentido, la presente sentencia se aparta de la línea jurisprudencial establecida en la ce- suj2-005-16.</p> <p>Para nuestra investigación, la presente sentencia fortalece argumentos y es importante, en cuanto se aparta de la sentencia de unificación.</p> <p>Aunque no se analiza la solución de continuidad, se puede deducir que para la sala no hubo solución de continuidad, pues toma los contratos como continuos y se basa en la finalización del último contrato para determinar que desde allí había finalizado la relación laboral y que, por tanto, había operado la prescripción de los derechos prestacionales.</p>



Maestrando	ANA ISABEL AVENDAÑO DUQUE
Ficha No.	2
1. Identificación de la providencia	
Numero	08001-23-31-000-2007-00062-01(1736-15)
Fecha	4 de mayo de 2017
Corporación	CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B
Consejero ponente	SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Magistrado(s) que aclaran(n) el voto	
Magistrado(s) que salvan(n) el voto	
2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad)	
Oficio del 2 de octubre de 2006 de la E.S.E. JOSE PRUDENCIO PADILLA por medio del cual se niega la existencia de la relación laboral entre ésta y ALFONSO OLIVER DE LAS SALAS.	
3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso)	
<p>“Manifestó el demandante haber prestado sus servicios a la E.S.E. José Prudencio Padilla a través de contratos de prestación de servicios y en forma ininterrumpida desde el día 26 de junio de 2003 hasta el 30 de julio de 2006, desarrollando actividades de médico especialista anestesiólogo. Sostuvo que el médico anestesiólogo de planta tenía asignado un salario de tres millones seiscientos (\$3.600.000.00) mientras que él, en su condición de contratista solo recibía por honorarios la suma de dos millones quinientos setenta y dos mil seiscientos veinte pesos (\$2.572.620.00)</p>	



Alegó haber prestado sus servicios en forma personal y subordinada durante todo el tiempo que perduró su vinculación, recibiendo órdenes de obligatorio acatamiento emitidas por el coordinador de servicios y cumpliendo un horario fijado a través de las agendas de turnos.

Aseveró que las funciones ejecutadas eran idénticas a las ejercidas por los médicos de planta de la entidad, sin embargo, no recibió pago alguno por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, recargos nocturnos, horas extras ni dominicales y festivos.

Por último, indicó que el 29 de julio de 2006, el presidente de la república mediante Decreto 2505 de 2006, suprimió la E.S.E. José Prudencio Padilla y ordenó su liquidación quedando a cargo del Ministerio de la Protección Social las obligaciones laborales de los exfuncionarios de la E.S.E.” P. 6.

4. problema jurídico-Corte-Consejo de Estado (según el caso)

- “Determinar si la declaratoria de existencia de una relación laboral bajo la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas, otorga la calidad de empleado público al contratista demandante y por ende, lo hace beneficiario de la totalidad de las prerrogativas laborales y prestacionales de que son objeto quienes se vinculan mediante una relación legal y reglamentaria con el Estado.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará el mismo en los siguientes términos: 1. formas de vinculación de los empleados públicos y su régimen aplicable laboral y prestacional conforme los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1042 de 1978; 2. En segundo orden, analizará la indemnización por supresión de cargo como derecho de los empleados públicos de carrera administrativa, a la luz de los señalado en la Ley 443 de 1998 y 909 de 2004; 3. En tercer lugar, se estudiará la sanción moratoria; 4. Examinará si entre los contratos suscritos por las partes existió continuidad o no; 5. Por último, se resolverá el caso concreto.” P. 11

5. Tesis jurisprudencial

El presente pronunciamiento respeta la línea jurisprudencial fijada por la sentencia CE-SUJ02-05 del 26 de agosto de 2016 de la Corporación, mencionando la sentencia en su motivación, al decir que, fijo entre otras, la regla de la fijación de una prescripción trienal que empezaría a ser contabilizada desde la culminación del vínculo contractual, interrumpida por un término igual con la reclamación administrativa, en donde según el caso concreto el fallador debe mirar las circunstancias que lo lleven a determinar si hubo o no solución de continuidad p. 19.

En esta sentencia se usa como criterio de determinación del vínculo continuo, la interrupción de más de 15 días entre la suscripción de los contratos de prestación de servicios para determinar que, efectivamente hubo varios lapsos de tiempo en la contratación, por lo que la prescripción se declara parcialmente y se accede a las pretensiones parcialmente, todo ello teniendo en cuenta el precedente en el sentido de que los derechos pensionales no prescriben.

6. Normas jurídicas relevantes para el caso

Decreto 3135 de 1968

Decreto 1848 de 1969



Decreto 1042 de 1978
 Ley 443 de 1998
 Ley 909 de 2004
 Artículo 122 y 125 C.P 1991
 Ley 80 de 1993

7. Ratio Decidendi

En esta oportunidad la Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, frente a las pretensiones negadas por el Tribunal Administrativo del Atlántico, esto es, “reconocimiento y pago de los salarios conforme a la asignación de los empleados de planta y la liquidación de las prestaciones sociales con base en dichos salarios” p. 9 “sanción moratoria; indemnización por la supresión del cargo; reconocimiento de la relación contractual sin solución de continuidad, sino solo periodos que tienen respaldo probatorio” p. 10

Con base en el artículo 122 y 125 constitucionales la Sala prevé tres tipos de contratación con el estado “(i) a través de una relación legal y reglamentaria, propia de los empleados públicos; (ii) mediante una relación contractual laboral, en la cual están los trabajadores oficiales y; (iii) por medio de una relación contractual de carácter estatal, configurada por los contratos de prestación de servicios” p. 12 este último tipo de contratación no tiene carácter laboral, de forma que ellos se celebran para desarrollar actividades relacionadas con las administración y su funcionamiento pero siempre de forma temporal y ocasional. p. 13

Por su parte, la ley 443 de 1998 art. 39 es muy clara en precisas que los EMPLEADOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA pueden optar a ser incorporados a empleos equivalente de manera preferencial o a recibir una indemnización en caso de que transcurran seis meses sin que el primer evento se haya dado. P. 14 mayúsculas nuestras. Luego, la sala cita la ley 909 de 2004 artículo 44, en donde se indica que para efectos de la indemnización a que haya lugar se contabilizara los tiempos continuos a partir de la fecha de posesión del empleo público en la entidad en la cual se suprimió el cargo. Por lo que es muy claro que el contratista no cumple con dichos supuestos de las normas mencionadas, puesto que ni siquiera se trata de un beneficio laboral percibido por todos los empleados públicos, sino que específicamente son los que se encuentran vinculado bajo el régimen de carrera administrativa. P. 17

La declaratoria de la existencia de una relación laboral por el principio de realidad sobre las formas no puede otorgarle al contratista la calidad de empleado público (mucho menos el de empleado con carrera administrativa p. 17), pues para ello se requiere que se cumplan los prepuestos de orden legal y constitucional creación del empleo en plata personal, que aparezca en el presupuesto de la entidad, etc-, es por ello que “no resulta procedente el reconocimiento y pago de salarios al actor teniendo en cuenta la asignación salarial de un empleado público de plata de la E.S.E JOSÉ



PRUDENCIO PADILL” p. 17 por lo que la única contraprestación cierta son los honorarios que se recibieron como contraprestación.

La sanción moratoria por el no pago a las cesantías, únicamente se da a partir del reconocimiento del derecho y cuando ya es un derecho cierto, es decir, no en medio del litigio. Es por ello por lo que, la pretensión se confirma como negada. P. 18

FRENTE A LA SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD DE LA RELACIÓN LABORAL LA SALA DICE:

“ Así las cosas, la línea jurisprudencial en materia de la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas, en los que se debate la existencia de una relación laboral regida en principio bajo la modalidad de contratos de prestación de servicio, no se ha encargado de definir o precisar el término que se debe tener en cuenta para determinar la pérdida de la solución de continuidad, en aquellos contratos de prestación de servicios que se pactan en forma continua y por un tiempo determinado, pero que presentan interrupción en la celebración de uno y otro.

En ese orden, ha considerado la jurisprudencia para algunos casos que, en los eventos donde se presentan interrupciones contractuales en virtud del cual, queda cesante el contratista, habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales sin solución de continuidad siempre y cuando entre la terminación de una orden de servicio y el inicio de la siguiente haya transcurrido un término razonable, sin definir de manera concreta límite temporal alguno. En otra decisión, se estimó que la interrupción presentada no podía ser superior a 15 días.” P. 19 Mencionando para el caso concreto la sentencia de fecha 26 de junio de 2016, proferida por la Sección Segunda Subsección A, radicado No 68001-23-33-000-2013-00174-01(0881-14).

Debido a carácter solemne de la contratación con el estado, en este caso, que la acreditación de la contratación ha de ser únicamente el contrato de prestación de servicios, la Sala observa interrupción en la relación contractual en los meses de marzo, abril, octubre y noviembre de 2004, por lo que “la decisión del a quo no desconoce el parámetro existente para que se tenga por interrumpida la vinculación contractual, en la medida que estas superaron los 15 días entre la terminación de un contrato y la celebración de uno nuevo” p. 20.

8. Regla jurisprudencial

“ Así las cosas, la línea jurisprudencial en materia de la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas, en los que se debate la existencia de una relación laboral regida en principio bajo la modalidad de contratos de prestación de servicio, no se ha encargado de definir o precisar el término que se debe tener en cuenta para determinar la pérdida de la solución de continuidad, en aquellos contratos de prestación de servicios que se pactan en forma continua y por un tiempo determinado, pero que presentan interrupción en la celebración de uno y otro.

En ese orden, ha considerado la jurisprudencia para algunos casos que, en los eventos donde se presentan interrupciones contractuales en virtud del cual, queda cesante el contratista, habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales sin solución de continuidad siempre y cuando entre la terminación de una orden de servicio y el inicio de la siguiente haya transcurrido un término razonable, sin definir de manera concreta límite temporal alguno. En otra decisión, se estimó que



la interrupción presentada no podía ser superior a 15 días.” P. 19 Mencionando para el caso concreto la sentencia de fecha 26 de junio de 2016, proferida por la Sección Segunda Subsección A, radicado No 68001-23-33-000-2013-00174-01(0881-14).

9. Decisión

“PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de fecha 30 de mayo de 2014 por medio de la cual, declaró la nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho, ordenó al Ministerio de Protección Social reconocer y pagar las prestaciones sociales, liquidadas con base en el valor de los honorarios pactados contractualmente. De igual manera, ordenó a la accionada pagar al demandante los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a las entidades previsionales y el valor de las cotizaciones a las cajas de compensación. Por último, negó el reconocimiento de la sanción moratoria y la indemnización por supresión de cargo. SEGUNDO. Por la Secretaría de la Sección Segunda devuélvase el proceso al Tribunal de origen y déjense las constancias de rigor.” P. 21

10. Aclaraciones de voto

No hubo

11. Salvamento de voto

No hubo

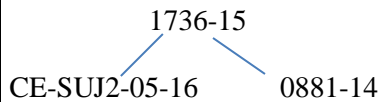


12. Análisis jurídico

La presente sentencia es el primer pronunciamiento encontrado que menciona que el Consejo de Estado, ha usado un término para determinar el contrato con o sin solución de continuidad en el que se contabilizan 15 días entre una interrupción de tiempo en la vinculación del contratista con el estado, mencionando la sentencia de fecha 26 de junio de 2016, proferida por la Sección Segunda Subsección A, radicado No 68001-23-33-000-2013-00174-01(0881-14), por lo que ella será mirada con el fin de determinar si es una sentencia fundadora en nuestra telaraña.

Dicha sentencia se encuentra dentro del rango de tiempo de la investigación, no obstante, ser anterior a la sentencia de unificación jurisprudencial 002 de agosto de 2016, pero que da cuenta de la línea que empieza a manejar la Corporación ese año.

La prueba de los contratos con el estado siempre debe llevar la solemnidad de haber sido celebrados por escrito es por ello que, en el análisis de la solución de continuidad, la sala encuentra interrupciones en los meses de marzo y abril de 2004 y octubre y noviembre de ese mismo año, en lo que contabiliza más de 15 días de interrupción p. 20 por lo que encuentra prescripciones declaradas en primera instancia y confirma la sentencia.





Maestrando	ANA ISABEL AVENDAÑO DUQUE
Ficha No.	3
1. Identificación de la providencia	
Numero	68001-23-33-000-2013-00174-01(0881-14)
Fecha	23 de junio de 2016
Corporación	CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A
Consejero ponente	LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
Magistrado(s) que aclaran(n) el voto	
Magistrado(s) que salvan(n) el voto	
2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad)	
Oficio DTAN 0725 de 18 de abril de 2012 suscrito por el Director Territorial Andes Nororientales, por medio del cual negó el reconocimiento de una relación legal y reglamentaria y el pago de las prestaciones sociales derivadas de ella con el señor LUIS JERÓNIMO CARRILLO GÓMEZ.	
3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso)	
“En ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, la parte actora por intermedio de apoderado solicita la nulidad del Oficio DTAN 0725 de 18 de abril de 2012 suscrito por el Director Territorial Andes Nororientales, por medio del cual negó el reconocimiento de una relación legal y reglamentaria y el pago de las prestaciones sociales derivadas de ella.	



A título de restablecimiento del derecho pide que se ordene el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales durante el periodo que laboró en la institución, ajustando dichas sumas a lo dispuesto en el artículo 192 del C.P.C.A, y que se ordene el reintegro de los dineros descontados por concepto de retención en la fuente.

Expuso como hechos de la demanda que se vinculó a la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Naturales para asesorar los procesos de contratación estatal y a partir del año 2006, para apoyar, coordinar y garantizar el cumplimiento de los procesos administrativos, operativos y financieros de la Dirección Territorial Norandina y sus correspondientes parques adscritos, con énfasis en las operaciones relacionadas con la administración pública.

Narró que durante el transcurso de la vinculación le fueron asignadas funciones públicas de carácter permanente, personal y subordinada, pues debía cumplir con un horario de trabajo de lunes a viernes, acataba órdenes del Director Territorial y recibía una remuneración por la labor contratada.” P. 28

4. problema jurídico-Corte-Consejo de Estado (según el caso)

Según el C.P. “En el presente asunto se trata de establecer si entre el señor Luis Jerónimo Carrillo Gómez existió una verdadera relación laboral que tenga como consecuencia el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que no devengó durante el tiempo en que permaneció vinculado contractualmente con la entidad.” P. 10. Sin hacer más presiones al respecto del problema jurídico o si quiera mencionando algún aparato sobre el asunto.

5. Tesis jurisprudencial

“si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda, sólo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración” p. 24.

El termino usado para contabilizar si hubo o no solución de continuidad en las interrupciones entre un contrato de prestación de servicios y otro, es por analogía el determinado en el decreto 1042 de 1978, el de 15 días hábiles. p. 25



6. Normas jurídicas relevantes para el caso				
<p>Artículo 53 C.P 1991 Decreto 1848 de 1969. Decreto 3135 de 1968. Ley 244 de 1995. Decreto 1042 de 1978</p>				
7. Ratio Decidendi				
<p>Menciona la Sala en primer lugar, la posibilidad de desvirtuar la existencia del contrato de prestación de servicios probando una verdadera relación laboral amén del principio de realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 C.P. 1991, demostrando los elementos propios de dicha relación: subordinación, prestación personal del servicio y remuneración. P. 11 y 12 precisando que la relación contractual con el estado es especial en la medida en que la subordinación representa un elemento con características, en donde ella tiene que ser probada fehaciente e incontrovertiblemente, es decir que haya una relación entre las partes de dependencia y no de simple coordinación p. 14.</p> <p>Los contratos suscritos entre el demandante y la entidad demandada son relacionados de la p. 15 a la 17 así:</p> <p>“</p>				
CONTRATO	PERIODO	OBJETO	VALOR	FOLIO
Contrato de Prestación de Servicios No. 070 de 2005	Del 3 de mayo de 2005 al 2 de febrero de 2006	Prestación de servicios profesionales para apoyar la Dirección Territorial Norandina en los procesos de contratación administrativa y a las áreas adscritas de acuerdo con los procedimientos de ley	\$1.000.000	149-152
Contrato de Prestación de Servicios No. 020 de 2006	Del 8 de febrero de 2006 al 22 de enero de 2007	Prestación de servicios profesionales para apoyar la Dirección Territorial Norandina en los procesos de contratación administrativa y a	\$4.000.000	154-162



		las áreas adscritas de acuerdo con los procedimientos de ley		
Contrato de Prestación de Servicios No. 029 de 2007	Del 8 de febrero de 2007 al 8 de enero de 2008	Prestación de servicios profesionales para apoyar la Dirección Territorial Norandina en los procesos de contratación administrativa y a las áreas adscritas de acuerdo con los procedimientos de ley	\$4.000.000	166-174
Contrato de Prestación de Servicios No. 25 de 2008	Del 1 de febrero de 2008 al 15 de enero de 2009	Prestación de servicios profesionales para apoyar la Dirección Territorial Norandina en los procesos de contratación administrativa y a las áreas adscritas de acuerdo con los procedimientos de ley	\$4.200.000	24-27
Contrato de Prestación de Servicios No. 22 de 2009	Del 20 de enero al 31 de diciembre de 2009	Prestación de servicios profesionales para apoyar la Dirección Territorial Norandina en los procesos de contratación administrativa y a las áreas adscritas de acuerdo con los procedimientos de ley	\$4.200.000	36-44
Contrato de Prestación de Servicios No. 24 de 2010	Del 15 de enero al 31 de diciembre de 2010	Prestación de servicios profesionales para apoyar la Dirección Territorial Norandina en los procesos de contratación administrativa y a las áreas adscritas de acuerdo con los procedimientos de ley	\$4.400.000	266-267

De lo anterior la Sala advierte una permanencia en el servicio que, adicional con otras pruebas testimoniales, da cuenta de la verdadera relación laboral existente entre el actor y la demandada p. 19. Sin embargo, después de verificadas las fechas de los contratos la sala señala que algunos periodos se encuentran sujetos a la figura de la prescripción p. ibidem.

De allí en adelante la Sala comienza a mencionar pronunciamientos en los que la misma Corporación toma la antigua postura de que se trata de una sentencia constitutiva y por tanto el derecho se hace exigible a partir de la sentencia ejecutoriada p. 22, no obstante, a p. 23 menciona la postura del C.P. en que “el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de la relación laboral dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama” que para el C.P. es el termino de tres años contados desde que finiquita la relación contractual, apoyándose en sentencias con radicado 0131-13 y 2152-06, lo que lo lleva a concluir que “si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda, sólo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral debe hacerse dentro de los 3 años siguientes



al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración” p. 24.

Es por ello que, a p. 25 la Sala decide reconocer derecho al reconocimiento a las prestaciones sociales en el tiempo comprendido entre el 1 de febrero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2010. De los demás declara la solución de continuidad puesto que:

“con los contratos 070 de 2005, 020 de 2006 y 029 de 2007, por cuanto entre la finalización de este último (8 de enero de 2008) y la celebración del siguiente, identificado con el No. 25 de 2008 (1 de febrero de 2008), hubo solución de continuidad por presentarse una interrupción del servicio superior a 15 días hábiles, circunstancia que implicaba que el actor dentro del término de prescripción trienal (hasta el 8 de enero de 2011) debía agotar la vía gubernativa para efectos de reclamar el reconocimiento de los derechos prestacionales generados de los contratos previamente citados y así evitar la prescripción trienal del derecho.” P. 25

Para el efecto, el C.P. se apoya en la norma que cita a pie página, esto es, el art 45 del Decreto 1042 de 1978 señala: “Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad”. Cita de la Sala.

8. Regla jurisprudencial

Prescripción trienal, contada desde que “el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de la relación laboral dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama” que para el C.P. es el termino de tres años contados desde que finiquita la relación contractual, apoyándose en sentencias con radicado 0131-13 y 2152-06, lo que lo lleva a concluir que “si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda, sólo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración” p. 24.

9. Decisión

“CONFÍRMESE la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso promovido por LUIS JERÓNIMO CARILLO GÓMEZ contra Nación-Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible- Parques Nacionales de Colombia, excepto el numeral 2º que se MODIFICA en el sentido de precisar que el restablecimiento del derecho será a partir del 1º de febrero de 2008, y no del 3 de mayo de 2005, como allí se ordenó, y hasta el 31 de diciembre de 2010.” P. 27.28



10. Aclaraciones de voto
No hubo
11. Salvamento de voto
No hubo
12. Análisis jurídico
<p>Dado al hecho de que el C.P. ha decidido ponerle término de 15 días hábiles, resaltamos la palabra hábiles, para contar si hubo o no solución de continuidad en las interrupciones de tiempo entre un contrato de prestación de servicios y otro, basado en el Decreto 1042 de 1978 que según la cita de la Sala reza “Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad”, Es decir, cuando hubo cambio de entidad estatal, pero que la Sala toma para aplicar al caso concreto y toda vez que, no hace referencia a una sentencia anterior en la que se haya hecho lo mismo y debido a que encontramos identidad en los hechos e identidad en la teoría de prescripción trienal, anudado con esta particularidad, ha de considerarse como una sentencia fundacional de nuestra investigación conforme a lo descrito por el autor que inspira nuestra metodología, el doctor Diego López Medina.</p>



Maestrando	LUIS GUILLERMO PÉREZ ECHEVERRI
Ficha No.	4
1. Identificación de la providencia	
Numero	17001-23-33-000-2014-00199-01(0708-15)
Fecha	12 de septiembre de 2019
Corporación	CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A
Consejero ponente	RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS
Magistrado(s) que aclaran(n) el voto	
Magistrado(s) que salvan(n) el voto	
2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad)	
Oficio UJSED 1285 del 22 de noviembre de 2013 del Departamento de Caldas.	
3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso)	
<p>“La demandante (LILIANA PATRICIA RAMÍREZ CASTAÑO) prestó sus servicios como docente del Departamento de Caldas, vinculada a través de órdenes de prestación de servicios durante el período comprendido entre 1998 y 2003.</p> <p>Ejerció sus funciones como docente bajo las órdenes y dirección de la entidad demandada, en idéntico calendario y jornada laboral que los docentes vinculados en la planta de personal.</p>	



El 24 de octubre de 2012, la actora le solicitó a la entidad demandada el reconocimiento de su relación laboral por la existencia del denominado «contrato realidad» y, como consecuencia, el pago de las prestaciones sociales derivadas de este, obteniendo respuesta negativa mediante Oficio número UJSED 1285 del 22 de noviembre de 2013.” p. 2 y 3

4. problema jurídico-Corte-Consejo de Estado (según el caso)

“Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la decisión adoptada en audiencia inicial del 12 de febrero de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante la cual se dio por terminado el proceso por haberse configurado la excepción de prescripción extintiva del derecho.” P. 2

“Corresponde a la Sala establecer si en el asunto sub examine procede la declaración de prescripción extintiva de los derechos reclamados por la presunta existencia del denominado «contrato realidad».” p. 4

5. Tesis jurisprudencial

“aunque los derechos salariales y prestacionales derivados de un contrato realidad solo son exigibles una vez proferida la sentencia que establezca la existencia de los elementos que configuran una relación de carácter laboral, ello no implica que el ciudadano no tenga el deber de reclamar dicha declaración ante la administración y en sede judicial dentro de un tiempo prudencial que, en todo caso, equivale al de prescripción de tres (3) años señalado en los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 respectivamente, y que se contabiliza a partir de la terminación del vínculo contractual” p. 8 el fenómeno de la prescripción no incluye o no toca los derechos laborales imprescriptibles, esto es los aportes al sistema de seguridad social pensional.

6. Normas jurídicas relevantes para el caso

Artículo 53 C.P 1991
Decreto 1848 de 1969.
Decreto 3135 de 1968.



7. Ratio Decidendi

En esta sentencia, la Sala analiza específicamente el tema de la prescripción extintiva de los derechos derivados de la relación laboral declarada bajo el principio de realidad sobre las formas p. 5. Mencionando pues que, la Corporación se ha encargado de unificar la “procedibilidad para el reconocimiento”:

1. La reclamación administrativa: presentada dentro de los tres años siguientes a la fecha en que finalice la relación contractual, so pena de que opere la prescripción extintiva.
2. Los derechos asociados a aportes pensionales del sistema integral de la seguridad social tienen carácter imprescriptible, por tanto, exceptuados de la prescripción extintiva del decreto 1848 de 1969. p. 5

Dicho plazo de prescripción también altera la caducidad de la acción, pues según el criterio de unificación tampoco habría cabida a declarar la caducidad respecto del medio de control para reclamar las prestaciones sociales imprescriptibles por su carácter de periódicas, ese criterio de unificación se encuentra en la sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 MP. CARMELO PERDOMO CUETER p. 5

“Lo anterior porque es un hecho notorio que a muchos trabajadores que ejercieron sus labores en condiciones similares a las de un empleado vinculado a la planta de cargos, en ocasiones, no les alcanzan las semanas cotizadas para pensionarse. Esta situación vulnera sus derechos y expectativas legítimas a obtener esta vital prestación, por lo que se revisó la naturaleza imprescriptible de los aportes pensionales para deducir que el debate judicial debe continuar respecto de estos.” p.6

Según la Sala el fenómeno de la prescripción influye de manera directa en la pretensión, el derecho y en el término para adquirirlo o extinguirlo. La prescripción extintiva impone el deber de reclamar los derechos en un término prudencial fijado en la ley. p. 6 Sopena de perder el derecho. La prescripción extintiva de los derechos laborales de los empleados del sector público se encuentra regulado en el D-3135/1968 reglamentado por el D-1848/1969, que indican que el termino es de “tres años a partir de la fecha en que la obligación se haya hecho exigible” y se establece la interrupción del término por un periodo igual con la reclamación ante la entidad pública p. 7. Dicha norma generó algún tiempo disparidad de criterios en la Corporación, por lo que la misma emitió la sentencia de unificación mencionada, en donde se deja claro que ese término comenzará a contar desde la culminación del vínculo laboral. P. 8

“aunque los derechos salariales y prestacionales derivados de un contrato realidad solo son exigibles una vez proferida la sentencia que establezca la existencia de los elementos que configuran una relación de carácter laboral, ello no implica que el ciudadano no tenga el deber de reclamar dicha declaración ante la administración y en sede judicial dentro de un tiempo prudencial que, en todo caso, equivale al de prescripción de tres (3) años señalado en los artículos



41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 respectivamente, y que se contabiliza a partir de la terminación del vínculo contractual” p. 8

Conforme al Art 180 del CPACA que consagra la audiencia inicial en su numeral 6, predica que deberán resolverse las excepciones previas, cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y la prescripción extintiva. P. 9. La Sala explica que las excepciones previas van encaminadas a atacar la forma del proceso, es decir, que hay defectos en el procedimiento y verdaderos impedimentos procesales, con su estudio se sana el trámite y se logra que continúe o se termina con ocasión del vicio, donde se evita nulidades o sentencias inhibitorias p. 10. En cuanto a la excepción de prescripción extintiva, entre otras, se ha considerado una excepción mixta en tanto tiene la virtud de dar por terminado el proceso y ataca la pretensión, autorizada por ley a ser resuelta en la audiencia inicial. P. 10.

Frente a lo anterior, la Sala avizora varios pronunciamientos en los que la Corporación no ha sido unánime en el momento en cual habrá de decidirse la prescripción extintiva, no obstante, a p. 12 menciona que la misma sentencia de unificación indica que, habida cuenta de que la prescripción no aplica frente a los aportes al sistema de seguridad social en pensiones y que ha de declararse un vínculo contractual como presupuesto sine qua non P. 13, es la sentencia el momento procesal oportuno para ello, transcribiendo la regla 4 de la SUJ:

“ El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral)” NEGRILLAS DE LA SALA. P. 13

Según el análisis de los hechos de la demanda la señora LILIANA PATRICIA RAMIREZ CASTAÑO prestó sus servicios al Departamento de Caldas, durante cinco años mediante ordenes de servicio desde 1998 hasta 2003 y su reclamación a la entidad la realizó en octubre de 2012, es decir 9 años después, donde entre otros, reclama sus derechos a aportes pensionales, por lo que la sala considera que, no es posible declarar probada la excepción de prescripción extintiva en la audiencia inicial, por cuanto, es violatorio de los derechos pensionales de la demandante. P. 15.

8. Regla jurisprudencial

“ El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral)” NEGRILLAS DE LA SALA. P. 13

9. Decisión



“Primero. Aceptar el impedimento manifestado por el consejero de Estado William Hernández Gómez, a quien se le separa del conocimiento del presente asunto.

Segundo. Revocar la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Caldas en la audiencia inicial celebrada el 12 de febrero de 2015, en virtud de la cual se declaró probada la excepción de prescripción y se dio por terminado el proceso, de acuerdo con los argumentos esgrimidos en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Una vez en firme esta providencia, por Secretaría, devolver el expediente al Tribunal de origen, para que continúe con el trámite del medio de control.” p. 16.

10. Aclaraciones de voto

No hubo

11. Salvamento de voto

No hubo

12. Análisis jurídico

La presente sentencia nos otorga claridad sobre la regla jurisprudencial No. 4 de la sentencia de unificación CE-SUJ2-05-16 en cuanto al fenómeno de la prescripción, tema que está estrechamente relacionado a la aplicación de la solución de continuidad, pues declarado que el termino tuvo o no solución de continuidad, se procede a analizar la consecuencia jurídica de la prescripción, adicionalmente, nos ofrece la telaraña que se relaciona:

0708-15



SUJ05-16; 1131-12; 1808-11; 1201-08; 4074-15; 4336-15; 0131-13; 7934 MP. CONSUELO SARRIO;

1826-16; 3445-15; 1048-15; 2811-15; 2634-14

Según lo anterior, ha de realizarse un rastreo que nos permita identificar si en esos pronunciamientos hay relación con nuestro tema de estudio.



Maestrando	ANA ISABEL AVENDAÑO DUQUE
Ficha No.	5
1. Identificación de la providencia	
Numero	260 DE 2016 EXP: 23001233300020130026001 (0088-15) Sentencia de unificación jurisprudencial CESUJ2 No. 5 de 2016
Fecha	25 DE AGOSTO DE 2016
Corporación	CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA.
Magistrado ponente	CARMELO PERDOMO CUETER
Magistrado(s) que aclaran(n) el voto	SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ
Magistrado(s) que salvan(n) el voto	
2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad)	
RESOLUCIÓN 514 de 6 de noviembre de 2012, suscrita por el alcalde del municipio de Ciénaga de Oro, que negó la "... existencia de la relación laboral y el consecuente pago de los derechos laborales y prestacionales reclamados...", y la RESOLUCIÓN 475 de 17 de diciembre del mismo año, con la cual se desató el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, que confirmó la decisión. Expedidas por el municipio de Ciénaga de Oro.	
3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso)	
LUCINDA MARIA CORDERO CAUSIL, instaura acción de nulidad y restablecimiento del derecho ART 138 CPACA para solicitar la nulidad de la resolución 514 del 6 de noviembre de 2012 y 475 del 17 de diciembre del mismo año, mediante las cuales el municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) negó la existencia de la relación laboral y consecuentes pago de las acreencias laborales reclamadas por haber trabajado como DOCENTE des el 1 de julio de 1986 hasta el 30 diciembre de 1997, para el año 98 fue amparada por la ley 60 y 115 legalizado por el Decreto 057	



de 2002 hasta cuando fue certificado el municipio. Continuó vinculada desde el 1 de febrero de 2002 hasta el 10 de marzo de 2011, gajo una relación personal, subordinada y dependiente bajo los parámetros de la ley 60 de 1993.

Conforme al artículo 271 No. 2 del CPACA la sala plena de la sección segunda de lo contencioso administrativo toma la decisión de unificar la jurisprudencia revelando que existen tres posturas sobre la prescripción de los derechos laborales que ha de unificarse en una postura, entre otros asuntos.

4. problema jurídico-Corte-Consejo de Estado (según el caso)

“Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar (i) si resulta procedente declarar la prescripción de la totalidad del derecho deprecado, pese a estar concernidos los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, y de no ser cierta dicha hipótesis, (ii) si a la demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar del municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) el pago de las prestaciones salariales y sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculada como docente - contratista, en aplicación del principio de “primacía de la realidad sobre formalidades”, o por el contrario, si los contratos de prestación de servicios (o cualquiera que sea su denominación) que celebró con dicha entidad territorial se ajustan a la normativa legal vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia que alega, propios de una relación laboral.” P. 9

5. Tesis jurisprudencial

1. unifíquese la jurisprudencia en cuanto a que:

- (i) “quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.
- (ii) sin embargo, el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión,
- (iii) lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio, propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal;
- (iv) las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control;
- (v) tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho;
- (vi) el estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral; y



(vii) el juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva.” P.38

2. unifíquese la jurisprudencia en cuanto a que:

“(i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados, por las razones indicadas en la motivación.” P. 38

6. Normas jurídicas relevantes para el caso

Decreto Ley 3135 de 1968
 Decreto 1848 de 1969
 Ley 100 de 1993
 Ley 797 de 2003
 Ley 80 de 1993
 Decreto 2400 de 1968
 Decreto Ley 2277 de 1979
 Ley 60 de 1993
 Artículo 53 y 122 de la C.P. 1991
 Ley 115 de 1994

7. Ratio Decidendi

La sala comienza estudiando el marco normativo de la prescripción de los derechos laborales, mencionando el artículo 41 del DL 3135 de 1968 en el cual, se determina una prescripción de tres años contados a partir de que la obligación se haga exigible, se interrumpe el termino cuando se reclama por escrito a la administración, y esa interrupción se da por un término igual para ejercer la acción jurisdiccional.

La prescripción se describe como el paso del tiempo en el que se adquiere un derecho o se extingue, es decir que, para el caso concreto y en pro de la seguridad jurídica se le impone al funcionario dentro de un plazo razonable el reclamo de sus derechos, una vez se hayan causado, precepto que encuentra concordancia con el ART 12 del CONVENIO 95 de la OIT ratificado por



Colombia en la ley 54 de 1962, donde se establece que el salario deberá otorgarse en periodos regulares y al final del ciclo laboral podrán ser pedidos al empleador.

En sentencia C-916 de 2010 se analiza la constitucionalidad del ART 41 DL 3135 de 1968 y se toma la sentencia C-072 de 1994 por guardar analogía y la Corte dice allí que, la prescripción no desfavorece los derechos del trabajador ni los toca sino que se crea una oportunidad para que el trabajador ejerza la acción con prontitud y no los pierda, buscando la seguridad jurídica y vigencia de un orden justo, sin favorecer el desinterés del trabajador o un desmedro excesivo en el patrimonio del empleador.

Frente al cómputo de la prescripción, la Corporación ha determinado tesis encontradas que precisan la unificación en este sentido, puesto que la norma es ambigua en indicar que “desde que los derechos se hayan hecho exigibles”, por lo que encontramos sentencias que mencionan los tres años a partir de la culminación del vínculo laboral, otras con un término de cinco años, y finalmente, a partir de la sentencia que declare la relación laboral.

Encuentra la sala que dicho decreto debe estar en concordancia con el CONVENIO 05 DE LA OIT en el que se indica que, los salarios adeudados y demás prestaciones tienen lugar desde la finalización del nexo contractual con el trabajador.

“Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios.” P. 15

De manera que la sentencia deja entrevisto un vacío jurisprudencial al unificar la jurisprudencia en cuanto al término de prescripción, pero deja vía libre para la determinación de la solución de continuidad, tema de estudio de la presente investigación.

Como ya se ha venido indicando, la prescripción no aplica para los aportes a pensión por su carácter periódico, es decir que se causan día con día y no por una sola vez como los demás emolumentos del factor salarial y prestacional, esto tiene argumento legal en los artículos 13 y 53 de la constitución política colombiana en lo que refiere a indubio por operario, irrenunciabilidad a los derechos laborales mínimos, igualdad y principio de no regresividad. De manera pues que, las reclamaciones a los aportes a la seguridad social derivados del contrato realidad también están exceptuadas de la caducidad del medio de control y tampoco le es exigible agotamiento de la conciliación como prerequisite de la acción en prevalencia del derecho sustancial como principio



constitucional. Igualmente, se establece que el juez deberá proteger al extremo débil de la relación laboral y tiene la obligación de adoptar medidas tendientes a la protección efectiva de sus derechos, por lo que, deberá pronunciarse sobre los aportes a pensión aunque no se haya solicitado declaración alguna en la demanda, una vez encuentre probada la existencia del contrato realidad, donde ha de privilegiarse el principio iura novit curia, donde el juez le incumbe aplicar el derecho aunque este sea diferente al invocado por las partes y en aplicación del mandato constitucional establecido por la Corte en sentencia C-197 de 1999 donde el juez de administrativo debe proceder a la aplicación de la protección cuando advierta la violación de derechos fundamentales, así no haya sido contemplado por la parte en el concepto de violación.

No obstante, lo anterior, en caso tal que el contratista haya hecho los aportes y este solicitando la devolución no aplicara lo dicho con antelación, sino que operara con normalidad la prescripción, por cuanto, ello es un beneficio económico para el contratista y en nada afecta sus derechos pensionales. El trabajador tendrá la carga en cualquier caso de responder al sistema por el porcentaje que le incumbe de los aportes y en caso de haberlos hecho deberá acreditar el pago para recibir la devolución del porcentaje que la entidad pública debía pagar.

Frente a la definición del contrato realidad, la sala hace una diferenciación entre los elementos del contrato de prestación de servicios y los elementos de la relación laboral así: autonomía vs dependencia o subordinación, honorarios vs remuneración o salario y, prestación personal del servicio (en el contrato de prestación de servicios la persona puede ser jurídica).

Con respecto del empleo público definido en el ART 2 D-2400 de 1968 como las funciones señaladas constitucional, legal o reglamentariamente o asignadas por autoridad competente a una persona natural. Solo se considera empleado el que haya sido nombrado o elegido y haya procedido a posesionarse del cargo. Se deberán crear los empleos correspondientes cuando el ejercicio de las funciones sea de carácter permanente y se prohíbe la celebración de contratos de prestación de servicios para cumplir tales funciones. Esta norma fue analizada por la sentencia C-614 de 2009 donde se declara exequible la prohibición enunciada, puesto que la finalidad de la norma es proteger el empleo público y se establecen los parámetros que permiten entrever el contrato realidad.

“el denominado "contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.” P. 22

La subsección b de la sección segunda de esta sala, ha definido el contrato realidad como aquel en el que imperan características como: subordinación continua, permanencia y la equidad o similitud.

Ambas subsecciones se han pronunciado al respecto de la labor docente y se ha concluido que no se trata de una labor autónoma, puesto que cierto es que, deben cumplir instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro educativo de las secretarías de educación y del ministerio; se someten permanentemente a la inspección y vigilancia de las autoridades educativas



y; desarrollan su actividad según horario académico de los establecimientos, de manera que en aplicación del principio de realidad sobre las formas merecen especial protección del Estado.

CASO CONCRETO

La actora prestó sus servicios como docente en los siguientes términos:

Julio 01 de 1986 a noviembre 30 de 1986

Febrero 02 de 1987 [a] noviembre 30 de 1987

Mayo 02 de 1988 a noviembre 30 de 1988

Abril 01 de 1989 a noviembre 30 [de] 1989

Julio 03 de 1990 a noviembre 30 de 1990

Marzo 01 de 1991 a noviembre 30 de 1991

Febrero 02 de 1992 a noviembre 30 de 1992

Febrero 01 de 1994 a noviembre 30 de 1994

Marzo 01 de 1995 a diciembre 30 de 1995

Febrero 01 de 1996 a diciembre 30 de 1996

Enero 02 de 1997 a diciembre 30 de 1997.

En el año 1998 continuó vinculada, amparada por la Ley 60 y L1 S, situación legalizada a través del Decreto N.º 057 de enero 31 de 2002 A partir del 1º de febrero de 2002, pasó a nómina del Departamento, por no estar certificado el Municipio de Ciénaga de Oro.

Para el caso concreto la sala considero que el vínculo operó sin solución de continuidad al expresar lo siguiente:

Por lo tanto, las actividades desarrolladas por la demandante revisten las características propias de empleo de carácter permanente, pues estuvo por más de 12 años como maestra al servicio del municipio de Ciénaga de Oro, las que cumplió de manera subordinada por la naturaleza misma del ejercicio docente sujeto a los reglamentos propios del magisterio y bajo igualdad de condiciones que los docentes servidores públicos; motivo por el cual es procedente acceder al reconocimiento de la existencia de una relación laboral. Y si bien, según los documentos allegados, existieron algunas interrupciones, las probanzas coinciden en el hecho de que la demandante prestó sus servicios por trece (13) años y un (1) mes como maestra al municipio de Ciénaga de Oro, lo cual demuestra su atadura con la entidad territorial; que persistió pese a la modalidad de contratación utilizada por la Administración. P. 29

Debido a la normatividad mencionada que regula el empleo público, comenzando por el artículo 122 superior, la declaración del contrato realidad no otorga la condición de empleado público.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: se unifica también la jurisprudencia en el sentido de que, es la acción de control de nulidad y restablecimiento del derecho la llamada a ejercer quien requiera el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, y que los derechos prestacionales que se otorgan son a título de restablecimiento del derecho y no a título de indemnización de perjuicios, sin embargo, el actor podrá reclamar los perjuicios que le hayan sido causados. Esto se explica en que, habiéndose declarado la nulidad del acto administrativo se debe restablecer, es decir, volver al estado anterior las cosas, no a través del otorgamiento de un cargo público para el que el contratista no participó, gano concurso y se posesionó sino para que se le reconozcan los derechos prestacionales a los que tenía derecho.



PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: debido a que la demandante, efectivamente reclamó sus derechos a la entidad accionada el 16 de octubre de 2012 y que su última vinculación con ésta última fue hasta el 30 de diciembre de 1997 (a través de contratos de prestación de servicios) se tiene que los conceptos como prima, vacaciones y demás prestaciones fijas han prescrito. No así, los aportes al sistema de seguridad social en pensión como se indicó con antelación. Por lo que se ordena a la entidad el pago de los aportes a pensión con IBC de los ingresos de la demandante, esto es, los honorarios pactados ya que es el único criterio objetivo que puede manejarse en estos casos. Todo ello desde el 1 de julio de 1986 al 30 de diciembre de 1997 salvo las interrupciones.

8. Regla jurisprudencial

SUPUESTO FACTICO: Docente que demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho por haber trabajado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios en un periodo de tiempo comprendido desde el 1 de julio de 1986 y el 30 de diciembre de 1997 en el municipio de Ciénaga de Oro y realizó la reclamación a la administración municipal demandada en 2012, quien niega la relación laboral.

CONSECUENCIA JURÍDICA: Declaración de contrato realidad, prescripción de las prestaciones sociales exceptuando los aportes a pensión, nulidad de los actos administrativos que niegan la relación laboral, reconocimiento de aportes a pensión y computo de semanas para efectos pensionales.

REGLA ESTABLECIDA EN LA SENTENCIA:

2. unifíquese la jurisprudencia en cuanto a que:

- (viii) “quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.
- (ix) sin embargo, el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión,
- (x) lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio, propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal;
- (xi) las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control;
- (xii) tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho;
- (xiii) el estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral; y



(xiv) el juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva.” P.38

2. unifíquese la jurisprudencia en cuanto a que:

“(i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados, por las razones indicadas en la motivación.” P. 38

9. Decisión

“1° Unificase la jurisprudencia respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, en el sentido de que (i) quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, (ii) sin embargo, el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión, (iii) lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio. propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal; (iv) las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control; (v) tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; (vi) el estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral; y (vii) el juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva.

2°. Unificase la jurisprudencia en lo referente a que en las controversias relacionadas con, el contrato realidad, (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados, por las razones indicadas en la motivación.



3°. Revocase la sentencia de treinta (30) de septiembre de dos mil catorce (2014) proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, sala tercera de decisión, que negó las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por la señora Lucinda María Cordero Causil contra el municipio de Ciénaga de Oro, conforme a la parte motiva, y en su lugar:

4°. Declárase la nulidad del oficio 514 de 6 de noviembre de 2012 y de la Resolución 475 de 17 de diciembre del mismo año, en cuanto el alcalde de Ciénaga de Oro le negó a la accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral desde el 1° de julio de 1986 hasta el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones, de acuerdo con la motivación.

5°. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, ordenase al municipio de Ciénaga de Oro tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1° de julio de 1986 y el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, en armonía con lo dicho en la parte motiva.

6°. El municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber:

$$R = R_h \cdot \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

7°. El municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

8°. Declárase que el tiempo laborado por la señora Lucinda María Cordero Causil al municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) como docente bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, desde el 1° de julio de 1986 hasta el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

9°. Niéguese las pretensiones relacionadas con el pago de cesantías, primas de servicios y navidad, vacaciones, dotaciones y auxilio de transporte, por haber operado la prescripción trienal, como se indicó en la motivación.

10°. Sin costas en las dos instancias.” P. 37 a 39

10. Aclaraciones de voto

La Magistrada SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, aclara su voto en cuanto a que según el Decreto 1703 de 2002, el contratista tiene la obligación de cotizar con base en el 40% del ingreso mensual, sin que exceda de 25 SMLMV y no sea inferior a 1 SMLMV, por lo que los derechos



pensionales ya se encuentran protegidos, en ese sentido, no habría lugar a esperar a la sentencia para analizar la prescripción, sino que una vez advertida en la audiencia inicial del artículo 180 del CPACA.

“Entonces, es claro que el objeto de debate en este tipo de proceso no es el derecho pensional del contratista que pretende se declare la existencia de la relación laboral, de tal manera que, no se está frente a la reclamación de reconocimiento de una prestación periódica e imprescriptible, por lo que, no habría razón para que el medio extintivo de prescripción solo tenga que abordarse hasta la etapa final del proceso.

En ese sentido, si del estudio del material probatorio se evidencia de manera clara e inequívoca la ocurrencia del medio extintivo de prescripción del derecho que enerva en su integridad lo pretendido por el reclamante, no habría lugar a adelantar un proceso que al momento de resolverse el fondo del asunto, terminaría definiéndose la misma consecuencia jurídica que habría podido darse en la audiencia inicial, es decir, declarando la ocurrencia total del medio extintivo de prescripción del derecho, todo ello acorde con lo previsto por el numeral 6° del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

Aunado a ello, al no versar el proceso en estricto sentido acerca del reconocimiento de una prestación periódica e imprescriptible, no resulta procedente exonerar el mismo del presupuesto procesal de caducidad de la acción y del requisito de procedibilidad de agotamiento de conciliación prejudicial.” P. 42

El magistrado WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ, aclara su voto en el sentido en que:

“En mi criterio es importante precisar en primer lugar, el término que se debe tener en cuenta para determinar la pérdida de la solución de continuidad, en aquellos contratos de prestación de servicios que se pactan en forma continua y por un tiempo determinado, pero que presentan interrupción en la celebración de uno y otro. En la sentencia que aclaro, se indicó que en estos eventos se deberá analizar la prescripción respecto de la fecha de finalización de cada uno de ellos, no obstante, considero útil para los efectos del requisito de continuidad precisar que el lapso encuentra referencia en el art. 10 del Decreto 1045 de 1978 el cual señala 15 días.

En segundo lugar, considero propio de las sentencias de unificación individualizar en forma clara y precisa los destinatarios de las reglas que en ellas se disponen. De manera, que es imperioso aclarar que los criterios de interpretación fijados en la presente sentencia se aplican en forma exclusiva al contrato realidad de los docentes, sin que puedan ser extensivos para desvirtuar los contratos de prestación de servicios de otra profesión o actividad.” P. 44

11. Salvamento de voto

No hubo



12. Análisis jurídico

La presente sentencia es escogida como la sentencia hito de la investigación, por cuanto corresponde a la sentencia más citada y el punto de referencia que determinará el diagrama de flujo (en vez de telaraña) de nuestro nicho citacional. Según López Medina (2006, págs. 164, 165) la sentencia de unificación jurisprudencial es una sentencia consolidadora donde se definen subreglas decantado de un balance constitucional complejo, estos balances se pueden hacer respetando definiciones hechas por el precedente, pero introduciendo cambios importantes. Igualmente, se trata de una sentencia dominante, puesto que contienen los criterios vigentes y dominantes por medio de los cuales se resuelve determinado escenario constitucional. Según el autor las sentencias de unificación jurisprudencial con sentencias hito en cualquiera de sus formas (López, 2006, pág. 165).

Según los aclaramientos de voto de los magistrados, se puede concluir que se ha dejado a discrecionalidad del fallador el análisis de cuándo se considera una relación laboral continua o interrumpida, cuando se avizore que entre los contratos de prestación de servicios haya transcurrido tiempo, tema de estudio de la presente investigación que se centrara en la operancia de la solución de continuidad en las sentencias del Consejo de Estado a partir de la CE-SUJ2-05-2016.



Maestrando	LUIS GUILLERMO PEREZ ECHEVERRI
Ficha No.	6
1. Identificación de la providencia	
Numero	17001-23-33-000-2014-00282-01(2093-16)
Fecha	28 DE NOVIEMBRE DE 2018
Corporación	CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A
Magistrado ponente	WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ
Magistrado(s) que aclaran(n) el voto	
Magistrado(s) que salvan(n) el voto	
2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad)	
Acto administrativo contenido en el oficio N° 20136100679551 del 8 de mayo de 2014 del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE. SEDE CALDAS	
3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso)	
El señor DIEGO HERNÁN CORTES SILVA, a través de la acción de control del artículo 138 del CPACA, demanda al SENA por haber tenido, en su concepto, una relación laboral, personal, remunerada con continuada dependencia y subordinación en el periodo comprendido entre el 16 de agosto de 2005 hasta el 29 de junio de 2012 de manera ininterrumpida, por lo que solicita que, se liquide y pague el salario que debía devengar como empleado de planta (con el mismo cargo), cesantías, intereses a las cesantías, sanción moratorios, prima de servicios, vacaciones, prima de navidad, bonificación de recreación, prima de antigüedad; los porcentajes de cotización a la	



seguridad social que debían ser sufragados por la demandada, caja de compensación familiar y lo que ultra y extra petita resulte probado en el proceso.

El 21 de enero de 2014 el señor DIEGO HERNÁN CORTES presentó derecho de petición al SENA con la finalidad de que reconociera la relación y las acreencias laborales que se relacionaron con antelación, dicha solicitud fue negada por el SUBDIRECTOR Y REPRESENTANTE LEGAL DEL CENTRO DE FORMACIÓN CAFETERA SENA-REGIONAL CALDAS mediante oficio N° 20136100679551 del 8 de mayo de 2014.

4. problema jurídico-Corte-Consejo de Estado (según el caso)

El señor DIEGO HERNÁN CORTES SILVA logró o no demostrar la subordinación y dependencia continuada, durante todos los contratos de prestación de servicios contratados con el SENA, hubo allí una relación laboral, sí la hubo, cuánto duró realmente.

La sala analiza desde cuándo se puede considerar que, según la probanza del demandante, hubo subordinación en la relación laboral, si hubo o no un vínculo sin solución de continuidad, con este análisis ha de modificar la sentencia de primera instancia que consideró que el vínculo contractual entre el actor y la demandada fue continuo, debido a los lapsos cortos entre un contrato y otro, determinando desde cuándo hubo prescripción extintiva y desde cuándo se reconocen los derechos prestacionales al señor CORTES SILVA.

5. Tesis jurisprudencial

La sala encuentra que en el caso concreto, es decir la docencia, el actor logró demostrar que tuvo un vínculo permanente con la accionada, que solo tuvo interrupciones entre los meses de diciembre y febrero, durante siete años, tiempo mediante el cual, el señor CORTES SILVA recibía correos electrónicos donde se le daban instrucciones de modo, lugar y tiempo en que debía cumplir sus labores como instructor, así como la reconvención por parte del interventor de que debía pedir permiso para ausentarse. De manera que también hubo subordinación continuada, tal y como lo exige el C.S.T.

Conforme a la CE-SUJ 005 del 25 de agosto de 2016, la subsección unificó la jurisprudencia con respecto del término y computo de prescripción de las prestaciones sociales derivadas de la declaración del contrato realidad, por lo que, al haber sido contratos que se interrumpieron los términos predicaban con respecto de cada uno de ellos, exceptuando por su carácter de imprescriptible, los aportes a pensión.

6. Normas jurídicas relevantes para el caso

Artículo 32 de la ley 80 de 1993
Artículo 23 del C.S.T.



Artículo 53 C.P 1991

Artículos 1,2,6 y 7 del Protocolo de San Salvador

7. Ratio Decidendi

El primer tema que aborda la Corporación es la configuración del elemento subordinación y dependencia con una característica, y es que debe ser continuada.

Para comenzar a efectuar el análisis, la Sala diferencia el contrato de prestación de servicios. Diciendo que, es un contrato que tiene el propósito de suplir actividades relacionadas al funcionamiento de las entidades públicas o para desarrollar actividades especializadas que requieren conocimientos que no tiene el personal de planta; aparte de ello, el contratista debe gozar de autonomía y sus labores deben ser temporales. Con todo ello, lo que se quiere significar es que el contrato por prestación de servicios con persona natural es excepcional.

Frente al derecho al Trabajo, la Sala hace un recuento de la normatividad nacional e internacional, empezando por el Protocolo de San Salvador, el artículo 53 de la constitución nacional, donde se resalta el principio de realidad sobre las formas e irrenunciabilidad a los beneficios laborales mínimos e indubio por operario. Y desde aquí comienza a analizar los elementos de la relación laboral con el Estado.

El contrato realidad aplica cuando se comprueba la CONTINUA PRESTACIÓN PERSONAL DE UN SERVICIO que hace parte de la actividad misional de la entidad pública, para ser ejecutado en sus dependencias, bajo sus ordene y condiciones de desempeño y los elementos de trabajo de la entidad.

La subordinación como elemento determinante de la relación laboral, se define como el poder de dirección respecto de las labores del trabajador y como potestad disciplinaria que tiene el empleador. Por su parte del artículo 23 del CST indica que la subordinación debe ser continuada y ella se constata a través de ordenes e instrucciones del modo y cantidad del trabajo, cumplimiento de horarios y la imposición de reglamentos internos.

Para el caso concreto la Sala encuentra que el señor demandante prestó contratos de prestación de servicios con el mismo objeto contractual (docente en manejo y calidad de agua y aguas residuales y mantenimiento de alcantarillado para resumir) en el tiempo que se presenta en este cuadro que se toma textual:



- | |
|---|
| 1. Del 16 de agosto de 2005 al 21 de diciembre de 2007 |
| 2. Del 26 de febrero de 2008 al 19 de diciembre de 2008 |
| 3. Del 18 de febrero de 2009 al 18 de diciembre de 2009 |
| 4. Del 21 de enero de 2010 al 20 de diciembre de 2010 |
| 5. Del 2 de febrero de 2011 al 30 de junio de 2011 |
| 6. Del 13 de julio de 2011 al 16 de diciembre de 2011 |
| 7. Del 23 de enero de 2012 al 29 de junio de 2012 |

La sala analiza entonces que existen interrupciones entre los contratos y con respecto de ellos, ahonda en la subordinación continuada, por lo que según la prueba documental (correos electrónicos) se evidencia que el demandante debía pedir permisos para ausentarse al interventor, situación que se sale de los lineamientos del contrato de prestación de servicios, debía, además, compensar el tiempo de semana santa y cumplir con horarios y espacios determinados por la entidad para cumplir su labor. Adicionalmente, las interrupciones entre un contrato y otro eran de máximo dos meses en una vinculación de al menos siete años, por lo que se logra ver que se trató de un vínculo permanente.

No obstante, lo anterior, la sala indica que:

“El término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella. En aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización”

La reclamación hecha por el actor fue radicada ante la demandada el 21 de abril de 2014 y como se trató de vinculaciones interrumpidas, se cuenta con que las prestaciones sociales que se reconocen son las de los contratos quinto en adelante. No aplica lo mismo para los aportes a pensión que son imprescriptibles respecto de todos los contratos que celebró el actor con la demandada, todo ello con base en la sentencia de unificación jurisprudencial No. 005 del 25 de agosto de 2016.

8. Regla jurisprudencial

SUPUESTO FACTICO: La persona que preste sus servicios al Estado como contratista tendrá la obligación probatoria de demostrar los tres elementos del contrato laboral, principalmente, el elemento subordinación CONTINUADA durante la relación laboral e igualmente, realizar la reclamación de sus derechos ante la entidad pública correspondiente dentro de los tres años siguientes al término de la vinculación.

CONSECUENCIA JURÍDICA: prescripción extintiva del derecho. Declaración del contrato realidad. Reconocimiento de las prestaciones sociales que no hayan prescrito y los aportes a pensión.



REGLA ESTABLECIDA EN LA SENTENCIA: en los contratos interrumpidos se contará término de prescripción, con respecto de cada uno de ellos, por lo que el actor debe hacer la reclamación de sus acreencias laborales a la finalización de cada uno, dentro de los tres años contados a partir de esa desvinculación. No opera prescripción con respecto de los aportes a pensión, por lo que, el juez otorgará este derecho aun cuando el actor no lo haya pedido, con respecto de todos los contratos que haya tenido éste.

9. Decisión

Adiciona dos ordinales al numeral primero de la sentencia que accede a las pretensiones de la demanda.

- 1- Se declara probada la prescripción extintiva entre el periodo comprendido del 16 de agosto de 2005 y el 20 de diciembre de 2010.
- 2- Se condena a la demanda al pago de los aportes a pensión

Modifica numeral segundo de la sentencia objeto de apelación se condena a la demandada a las prestaciones sociales de un trabajador de la misma categoría (instructor) por el periodo comprendido entre 2 de febrero de 2011 al 30 de junio de 2011, entre el 13 de julio de 2011 hasta el 16 de diciembre de 2012 y entre el 23 de enero de 2012 al 29 de junio de 2012.

10. Aclaraciones de voto

No hubo

11. Salvamento de voto

No hubo



12. Análisis jurídico

Esta sentencia analiza la solución de continuidad en detalle, ahondando en el caso particular, de manera tal que, aunque la interrupción temporal entre los contratos es de finales de noviembre a febrero, al ser la demandante docente, se toma ese periodo como la vacancia escolar, lo que permitía que según el principio de realidad sobre las formas, esos intervalos de tiempo no generaran solución de continuidad por tratarse de una situación fáctica especial. No obstante, la reclamación se realiza de forma extemporánea y es por ello que aplica la prescripción trienal, por lo que solo se accede al pago de los aportes a pensión.

De las citaciones de la sala se destaca

2093-16 → SUJ2-05
 → 0153-13
 → 3300-14



Maestrando	LUIS GUILLERMO PEREZ ECHEVERRI
Ficha No.	7
1. Identificación de la providencia	
Numero	76001-23-31-000-2011-01477-01(0681-16)
Fecha	6 DE OCTUBRE DE 2018
Corporación	CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A
Consejero ponente	GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ
Magistrado(s) que aclaran(n) el voto	
Magistrado(s) que salvan(n) el voto	
2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad)	
Acto administrativo contenido en el oficio DAS.SVAC-DIRS.JUR 2011-324501 del 3 de mayo de 2011, mediante el cual se niega la relación laboral y el reconocimiento de acreencias laborales al actor.	
3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso)	
El señor EDWIN HUMBERTO LASSO VELÁSQUEZ, demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del artículo 85 del Decreto 01 de 1984 el acto administrativo contenido en el oficio DAS.SVAC-DIRS.JUR 2011-324501 del 3 de mayo de 2011. El escrito de petición fue radicado el 7 de abril de 2011, mediante el cual se solicita el reconocimiento de la relación laboral y el pago de las prestaciones sociales, reconocimiento que fue negado por la entidad demandada. Solicita se le reconozca todos los efectos salariales, prestacionales e indemnizatorios, tomando como referencia el equivalente en código y grado al cargo del personal de planta de la entidad y	



devolver los dineros por concepto de retenciones, gastos de seguridad social, subsidios, pólizas y demás sumas derivadas de los contratos celebrados.

El señor Lasso fue vinculado al DAS mediante contratos de prestación de servicios desde el 1 de marzo de 2005 hasta el 30 de junio de 2009 como escolta en el área de protección de la ciudad de Cali, para desempeñar la labor contratada el escolta cumplía horarios y órdenes estrictas, además de tener los uniformes, armas y demás de la entidad, asemejando su labor y dependencia con un empleado de planta.

4. problema jurídico-Corte-Consejo de Estado (según el caso)

La sala resuelve sí o no existió relación laboral entre el señor EDWIN LASSO y el DAS (en supresión) y qué derechos le serán reconocidos al actor conforme la declaración del contrato realidad.

Para el efecto, la sala se refiere al marco normativo y jurisprudencial en cuanto a contrato realidad y prestaciones sociales, para luego, mirar si el actor cumple o no con la carga de la prueba.

Se analizará dentro de la presente, si le asiste razón al actor y dentro de su vínculo hubo o no permanencia en el servicio configurando una relación laboral sin solución de continuidad.

5. Tesis jurisprudencial

El contrato de prestación de servicios tiene claras diferencias, establecidas ya jurisprudencialmente por las sentencias C-154-97 Y C-614-09 donde se ha dicho que, por un lado, el contrato de prestación de servicios es aquel donde se caracterizan la autonomía, los honorarios como pago a la labor encomendada y temporalidad, mientras que el contrato laboral es subordinado, existe remuneración y prestación personal del servicio. La subordinación se describe como aquella actitud de la administración en la que se le imparten órdenes a quien presta el servicio con respecto de la labor encomendada y el establecimiento del horario en que debe ejercerlo; igualmente, se ha determinado como un factor determinante la permanencia en el servicio, contraria a la temporalidad o subsidiariedad del contrato de prestación de servicios con el Estado.

El empleo público goza de ser legal y reglamentario, de manera que, éste debe existir en la planta de la entidad pública, debe estar diseñado en cuanto a sus funciones y el perfil de competencias, debe haberse ingresado a él de manera legal, es decir, por competencia (en el caso concreto) y debe determinarse el tiempo que dura el mismo. Después del acceso legal al empleo público debe haber posesión del cargo. Todo ello, para significar que el contratista no puede obtener un cargo que no existe, a través de la sentencia que reconoce que hubo una relación laboral con el Estado.

De lo anterior, también se toma que el salario y emolumentos deben existir en el presupuesto de la entidad, por lo que, el reconocimiento es del factor prestacional, únicamente.



<p>6. Normas jurídicas relevantes para el caso</p>
<p>Artículo 122 y 125 C. Política Ley 222 de 1983 Ley 80 de 1993 Ley 190 de 1995 Decreto 2400 y 3074 de 1968 Decreto 2503 de 1998 Ley 909 de 2004 Ley 790 de 2002</p>
<p>7. Ratio Decidendi</p>
<p>La Sala estudia el marco normativo y jurisprudencial del contrato realidad y el análisis del caso concreto.</p> <p>Comienza aclarando cómo se define el empleo público y cómo se accede a él citando los artículos 122 y 125 de la Constitución Política 91 y, el deber de la carga probatoria para quien afirma haber tenido un contrato laboral con la entidad pública.</p> <p>El contrato de prestación de servicios se encuentra regulado en la legislación colombiana en la ley 222 de 1983, ley 80 de 1993 y ley 190 de 1995.</p> <p>El artículo 32 dispone la contratación por prestación de servicios de persona natural, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, donde esta Corporación indicó que el elemento determinante de la relación laboral oculta tras un contrato de prestación de servicios era la subordinación o dependencia.</p> <p>El artículo 2 del decreto 2400 de 1968 modificado por el decreto 3074 de 1968 indica que, se deben crear los cargos públicos para el ejercicio de funciones permanentes de las entidades y que, en ningún caso, para el desempeño de esas funciones podrán celebrarse contratos de prestación de servicios. Dicha norma también fue analizada por la Corte Constitucional con el fin de observar su exequibilidad en sentencia C-614 de 2009, en esta ocasión la Corte agrega otro criterio para analizar si hay o no contrato realidad y este elemento es la permanencia.</p> <p>La Sala expone cómo definen diferentes normas el empleo público y se resalta el artículo 19 de la ley 909 de 2004, donde se determina qué es empleo público, que se deben determinar previamente las funciones, el perfil de competencias que debe cumplir el aspirante y la duración del cargo, en caso tal de ser temporal. De allí que el aspirante a servidor debe ingresar al servicio público por designación válida (nombramiento o elección) y posesionarse del cargo antes de ejercerlo.</p> <p>Así las cosas, el ordenamiento jurídico colombiano es claro en prohibir la celebración de contratos de prestación de servicios sino exclusivamente en las circunstancias admitidas, en pro del empleo</p>



público y de los servidores mismos, además de establecer sanciones a quién celebre contratos de prestación de servicios que encubran relaciones laborales.

La Corporación explica las diferencias del contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo según la Corte Constitucional donde este ultima determina que, el contrato de prestación de servicios es temporal; se refiere a la capacidad del contratista: conocimientos especiales, experiencia, capacitación y formación; autonomía desde el punto de vista técnico y científico; se podrá contratar bajo esta modalidad para ejercer funciones de la entidad cuando su capacidad este desbordada o no se pueda cumplir con personal de planta, destacando aquí el elemento temporal. Igualmente, cita la sentencia del 4 de febrero de 2016, expediente 0316-14, consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, donde además de la subordinación se habla del elemento permanencia que implica que, la labor es inherente a la entidad y el elemento equidad o similitud que significa que, hay una comparación con los empleados de planta de la entidad pública demandada.

En resumen, se cita textual las consideraciones del C.E:

“De todo lo expuesto se extrae que para demostrar la configuración del contrato realidad la parte demandante debe probar la actividad personal, la permanencia, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, de manera continuada y una retribución del servicio”

Se resalta la mención de la sentencia de unificación jurisprudencial SUJ No. 5 de 2016 C.P. CARMELO PERDOMO CUETER, donde se indicó que: el contrato realidad se configura cuando hay una continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad, ejecutados en sus propias dependencias e instalaciones con los mismos elementos de trabajo, bajo la sujeción a órdenes y condiciones de desempeño que desbordan la coordinación y que se convierte en dependencia y subordinación.

En la misma sentencia también se determina el IBC con el cual se deben calcular las prestaciones sociales a las que el demandante tiene derecho y en el caso concreto (docentes) determinó que los docentes son remunerados con base en su escalafón por lo que todos, así sean de planta tienen remuneraciones distintas, por lo que, se tendrá como base el ingreso devengado en el contrato de prestación de servicios a título de honorarios.

Adicionalmente de la sentencia de unificación mencionada se resalta: 1) el termino de prescripción trienal que se contará a partir de la terminación laboral; 2) la prescripción extintiva trienal no predicará sobre las prestaciones sociales de carácter periódico, pues ellas son imprescriptibles e in caducas y; 3) como consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador, el juez deberá decidir lo atinente a aportes pensionales así en la demanda no se haya solicitado, sin que ello resulte en una decisión ultra petita.

De la decisión también es importante destacar el argumento de la sentencia del 15 de junio de 2006, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, radicación No. 2603-05, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, donde se indica que, el IBC con el que deberá reconocerse las prestaciones sociales tendrá que ser con base en los honorarios pactados, pues al no tratarse de un empleo de planta que no existe, adicional a que se trata del criterio más objetivo.



Se tiene que el actor prestó sus servicios como escolta a la entidad demandada desde el 1 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2009 de manera ininterrumpida, lo que muestra la continuidad en la prestación del servicio. Se observaba también que el objeto contractual de todos los contratos fue el mismo. Se evidencia que, debido a la naturaleza de la labor encomendada, el demandante debía indicar horarios de entrada y salida y había instrucciones temporales y espaciales estrictas y se dictaban directrices de cómo realizar una actividad minuciosamente estructurada y vigilada por lo que el señor LASSO VELÁSQUEZ no tenía autonomía.

La Corporación realiza una comparación con el servicio de escolta contratado con el demandante y las funciones del DAS según El Decreto 1951 de 4 de septiembre de 1993 y la Resolución 01759 del 17 de agosto de 2004 para concluir que, se estaba encubriendo bajo el contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral, donde el actor estaba desempeñando las mismas funciones que los empleados de planta.

Contratos que se describen así:

- 1.- Contrato 049 de 1 de marzo 2005. Plazo: 4 meses. Valor: \$ 5'560.000.oo. Inicio: 1 de marzo 2005 (acta de inicio fl. 28), terminación: 30 junio 2005.
- 2.- Contrato 156 de 1 de julio de 2005. Plazo: 2 meses. Valor: \$ 2.780.000.oo. Inicio: 1 de julio 2005. Termina: Agosto 30 2005.
- 3.- Contrato 251 de 31 de agosto de 2005. Plazo: 6 meses. Valor: \$ 9'975.873.33. Inicio 31 agosto. Termina 28 febrero 2006.- Fl. 61. Certificación fl. 64.
- 4.- Contrato 048 de 1º. de marzo de 2006. Plazo: 9 meses. Valor: \$ 13'12.990.oo. Inicio: 1 marzo 2006. Termina: 30 noviembre 2006. (fl. 62)
- 5.- Contrato 155 de 1 de diciembre de 2006. Plazo: 7 meses. Valor: \$15'799.110.oo. Inicio 1 diciembre 2006. Termina: 1 junio 2007.
- 6.- Contrato 056 de 29 de junio de 2007. Plazo: 6 meses. Valor: \$ 13'784.040.oo. Inicio: 1 de julio 2007. Termina: 31 diciembre 2007. (fls. 57 y 64)
- 7.- Contrato 168 de 26 diciembre de 2008. Plazo: 1 año. Valor: \$ 28'468.000.oo. Inicio: 1 enero 2008. Termina: 31 diciembre 2008.
- 8.- Contrato 055 de 26 diciembre de 2008. Plazo: 6 meses. Valor: \$ 14.506.260.oo. Inicio: 1 enero 2009. Termina: 30 de junio 2009.

Frente a la prescripción, avizora la sala que el vínculo que existió entre el DAS y el demandante finaliza el 30 de junio de 2009 y éste último realizó reclamación ante la administración el 7 de abril de 2011, por lo que este fenómeno no operó o mejor no caducó la acción, pues se ven allí algunas imprecisiones ya aclaradas, en opinión de este analista.

La decisión de la Corporación es: confirmar la sentencia, modificando el numeral tercero de la misma, donde se incluye la condena a la entidad demandada a pagar los aportes a pensión en el porcentaje que le corresponde por ley al empleador.

8. Regla jurisprudencial

SUPUESTO FACTICO: suscripción de varios contratos de prestación de servicios para el cargo de escolta en el DAS, cargo que corresponde a las funciones propias de la entidad y que no



requiere de conocimiento especializados diferentes a los del personal de plata y, que el actor desempeño por varios años, cumpliendo órdenes estrictas, por parte de los funcionarios directivos de la entidad demandada y horarios.

CONSECUENCIA JURÍDICA: declaración del contrato realidad, reconocimiento del pago de las prestaciones sociales con base en los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

REGLA ESTABLECIDA EN LA SENTENCIA: la sala indica que, la comparación entre las funciones del DAS y el objeto de los contratos como escolta, cumplía las mismas funciones esenciales que aquellos que estaban vinculados en planta, bajo un marco de subordinación específico y con una retribución mensual por su labor, de manera que la vinculación por contrato de prestación de servicios era una simple ficción, se trataba de una actividad que cumplía bajo minuciosa estructura y vigilancia, por lo que, habrá que reconocerse las prestaciones sociales que el contratista dejó de devengar con ocasión de la modalidad de vinculación, a través de, contratos de prestación de servicios y tener ese tiempo como efectivamente laborado para efectos pensionales.

9. Decisión

CONFIRMA PARCIALMENTE LA SENTENCIA (ACCEDE PARCIALMENTE A LAS PRETENSIONES). MODIFICA NUMERAL TERCERO.

Pago de los aportes al sistema de pensión en la cantidad que le corresponde al empleador o la devolución de dicho porcentaje al actor, mientras pruebe haberlos pagado.

10. Aclaraciones de voto

No hubo

**11. Salvamento de voto**

No hubo

12. Análisis jurídico

La presente decisión es respetuosa de la línea jurisprudencial establecida por la corporación en la suj2 no. 5 de 2016, donde indica que el computo de la caducidad de la acción es el mismo en el que prescriben los derechos laborales contados a partir de la terminación laboral, al igual que determinó que el juez debía analizar en su declaración todo lo atinente a los aportes a pensión de carácter imprescriptible y que ello no consideraba extra petita amén del principio iura novit curia; igualmente, su decisión final respeta la línea en cuanto al IBC que debe tenerse en cuenta para esos aportes que es con base a los honorarios pactados.

Para efecto del análisis que se hace en la investigación, se tiene que, la corporación decide declarar que hubo un vínculo sin solución de continuidad a pesar de que en el contrato hay una interrupción de 28 días entre el contrato no. 5 y 6 y declara que hubo permanencia por ser una relación laboral ininterrumpida, sin aclarar o ahondar en conceptos como la disponibilidad del trabajador o cualquier otro que lleve al juez a declarar que el vínculo fue permanente, aunque se resalta que en los demás contratos no se avizora interrupción.

Se destacan las siguientes citaciones:

	Suj2-05
	2603-05
0681-16	3074-05
	1994-13
	0237-14



Maestrando	LUIS GUILLERMO PEREZ ECHEVERRI
Ficha No.	8
1. Identificación de la providencia	
Numero	25000-23-42-000-2012-01454-01(2550-16)
Fecha	1 DE NOVIEMBRE DE 2018
Corporación	CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B
Magistrado ponente	CARMELO PERDOMO CUETER
Magistrado(s) que aclaran(n) el voto	
Magistrado(s) que salvan(n) el voto	
2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad)	
<ul style="list-style-type: none"> • Acto administrativo contenido en el oficio 2012054455 del 4 de junio de 2012 que negó el reconocimiento de la relación laboral y reconocimiento y pago de las prestaciones sociales • Acto administrativo contenido en el oficio 2012081746 del 27 de agosto de 2012 mediante el cual la accionada niega el reintegro de la actora. 	
3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso)	
<p>La señora KAREN ANDREA MORA RUIZ a través de acción de nulidad y restablecimiento del derecho del artículo 138 del CPACA demanda el oficio 2012054455 del 4 de junio de 2012 y 2012081746 del 27 de agosto de 2012, mediante los cuales el INSTITUTO COLOMBIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR “MARIANO OSPINA PEREZ” (ICETEX) niega el reconocimiento de la relación laboral y el reintegro del cargo que ocupaba al momento del despido; las primas, cesantías, bonificaciones, auxilios y demás; la devolución de los aportes a pensión; 500 SMLMV a título de indemnización de perjuicios morales; que se indexen las sumas y se condene a costas.</p>	



La actora basa sus peticiones en que, desde el 14 de mayo de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2011, trabajó para el ICETEX mediante ordenes de prestación de servicios y contratos de consultoría como contadora publica, subordinada y desempeñando las mismas funciones que los trabajadores de planta. Mediante escrito del 23 de mayo de 2012 solicito el reconocimiento a la entidad de las prestaciones sociales y mediante petición del 2 de agosto de 2012 solicito a la entidad su reintegro, lo cual fue negado por los oficios mencionados con antelación, respectivamente.

4. problema jurídico-Corte-Consejo de Estado (según el caso)

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accede parcialmente a las pretensiones, declarando el contrato realidad en aplicación del principio de realidad sobre las formas y declarando la prescripción del periodo laboral comprendido entre 14 de mayo de 2004 hasta marzo de 2008 puesto que allí operó la solución de continuidad, además de no acceder al reintegro ni la devolución de los aportes a ARL por no haber demostrado su pago. En estas condiciones las dos partes apelan.

La sala analiza si a la demandante le asiste razón o no en reclamar del ICETEX prestaciones salariales y sociales no devengadas o si, por el contrario, no logra desvirtuar la presunción legal que hay dentro de los contratos de prestación de servicios; si aplicó el fenómeno de la prescripción en caso de encontrar demostrada la relación laboral; y si le asiste derecho a reintegro y devolución de dineros descontados por retención en la fuente.

5. Tesis jurisprudencial

El contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de *in dubio pro operario*, no regresividad y progresividad. El juez ha de pronunciarse sobre los aportes a pensión cuando encuentre probada la relación laboral, aunque el actor no lo haya solicitado en las pretensiones.

6. Normas jurídicas relevantes para el caso



Artículo 32 No. 3 de la ley 80 de 1993
 Decreto 2400 de 1968
 Artículo 53 y 122 C.P. 1991
 LEY 1002 DE 2005
 DECRETO 3135 DE 1968
 DECRETO 1050 DE 2006
 Acuerdo 29 de 2007 del ICETEX
 Acuerdo 35 de 2015 del ICETEX.

7. Ratio Decidendi

La Corporación inicia con el análisis del contrato laboral, tantas veces mencionado en esta investigación, por lo que, se sintetizará y se hará relato de lo relevante para los fines de la misma.

La sala hace recuento del acervo legal y jurisprudencial que define el contrato realidad, empezando por el artículo 32 No. 3 de la ley 80 de 1993, el Decreto 2400 de 1968, la sentencia C-154 de 1997, la sentencia C-614 de 2009, el principio de realidad sobre las formas establecido en el artículo 53 superior y sentencia 0316-2014 C.P. Gerardo Arenas Monsalve del 4 de febrero de 2016, que habla de la similitud y permanencia como elementos de la relación laboral con el Estado.

Se toman textuales los cuadros hechos por la sala para el análisis contractual:

Contrato No.	Desde	Hasta	Plazo
37	14/05/2004	30/3/2005	6 meses (prórroga de 4 meses y 15 días)
66	1/04/ 2005	1/4/2006	12 meses
88	1/7/2006	1/5/ 2007	10 meses
121	1/6/2007	1/03/2008	9 meses

Contrato No.	Desde	Hasta
51	1/4/2008	31/12/2008

Contrato No.	Desde	Hasta	Plazo
16	2/1/2009	30/6/2009	6 meses
79	1/07/2009	31/12/2009	6 meses
45	14/1/2010	30/6/10	«hasta el 30 de junio de 2011»
456	30/6/2010	31/8/2010	2 meses
578	3/9/2010	31/12/2010	4 meses



38	4/1/2011	3/3/2011	2 meses
----	----------	----------	---------

Se resalta que los contratos fueron con diferente objeto contractual, pero siempre para apoyar al proyecto ACCES del ICETEX en el área contable y financiera, igualmente que, en el lapso comprendido entre el 14 de mayo de 2004 al 3 de marzo de 2011 hubo dos interrupciones contractuales que la sala resalta: del 2 de abril al 30 de junio de 2006 –más de dos meses- y del 2 al 31 de marzo de 2008 –casi un mes-.

Del análisis de dichos contratos la sala concluye que hubo prestación personal del servicio, como primer elemento y la remuneración por el trabajo cumplido en la estipulación de “valor del contrato” a cargo de los recursos presupuestales del ICETEX independientemente, de que la denominación sea honorarios y no salario.

Frente a la subordinación indica que, el objeto o función del ICETEX fue transformado mediante la ley 1002 de 2005, estableciéndose como tal *el fomento social de la educación superior, priorizando la población de bajos recursos económicos y aquella con mérito académico en todos los estratos a través de mecanismos financieros que hagan posible el acceso y la permanencia de las personas a la educación superior*, entre otros. Mediante sentencia T-1044 de la Corte Constitucional se estableció que la función del ICETEX es facilitar créditos educativos o mecanismos financieros para el acceso a la educación superior; de otro lado, la ley 30 de 1992 faculta al ICETEX para administrar los recursos fiscales de la Nación destinados a becas y créditos educativos en Colombia. El proyecto ACCES materializa esa entidad misional del ICETEX, al estar orientado a la accesibilidad a la educación superior en la búsqueda de recursos y conceder créditos. Igualmente, encontramos regulación sobre las funciones el ICETEX en la ley 1050 de 2006, Acuerdo 29 de 2007 del ICETEX Y Acuerdo 35 de 2015 del ICETEX.

De todo ello se colige que, la función asignada a la actora fue la de ser contadora de ese proyecto, recibiendo solicitudes de desembolso de préstamos provenientes de gobiernos extranjeros y actualizar la información de los beneficiarios de esos créditos, ello encuentra soporte probatorio en los testimonios allegados por la parte demandante donde se da cuenta de la orden de varios Coordinadores de cumplir con horarios de llegada al horario laboral que se imponía allí y salida y solicitar permiso para ausentarse, además que tenía asignado un puesto de trabajo donde cumplía su labor con elementos suministrados por la accionada para el proyecto ACCES del ICETEX. De manera pues que, se encuentra demostrada la subordinación continuada y la permanencia.

A pesar de declarar la existencia de la relación laboral, no se puede otorgar la condición de empleado público, puesto que, el artículo 122 superior no lo permite, al igual que ha aclarado la Corporación a través de la SUJ2 del 5 de agosto de 2016.

Con base en la misma sentencia, la sala reconoce prestaciones sociales por los siguientes contratos que se toman textual:

Contrato No.	Desde	Hasta
51	1/4/2008	31/12/2008
16	2/1/2009	30/6/2009
79	1/7/2009	31/12/2009
45	14/1/2010	30/6/10



456	30/6/2010	31/8/2010
578	3/9/2010	31/12/2010
38	4/1/2011	3/3/2011

Para los demás se aplicará el fenómeno de la prescripción extintiva de los derechos, al haber finalizaciones en cada uno de los contratos anteriores que, mirados por separado, al haber interrupciones entre uno y otro, ha de declararse que fueron reclamados después de los tres años a partir de la culminación de los contratos, es decir, que sobre ellos opero la solución de continuidad mientras que para los señalados en el cuadro la relación laboral fue sin solución de continuidad.

Conforme a la tesis jurisprudencial manejada por la Corporación, habrá de declararse como periodo cotizado a pensión y tendrán que hacerse los aportes en el porcentaje establecido en cabeza del empleador, por parte de la accionada, dado el carácter de imprescriptibilidad de los aportes a pensión del tiempo comprendido entre el 14 de mayo de 2004 a 3 de marzo de 2011, excepto por las interrupciones con el IBC el pactado como honorarios al ser este, lo legalmente devengado por la actora.

La devolución de retenciones en la fuente es un concepto que desborda el objeto de la controversia laboral al ser un cobro anticipado de impuestos y no es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la llamada a solicitar dichas devoluciones.

8. Regla jurisprudencial

SUPUESTO FACTICO: Contadora contratada por el ICETEX a través de contratos de prestación de servicios desde el 14 de mayo de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2011, con interrupciones contractuales del 2 de abril al 30 de junio de 2006-más de dos meses-y del 2 al 31 de marzo de 2008 casi un mes que reclama de la administración el reconocimiento de la relación laboral y consecuentes acreencias laborales en mayo de 2012.

CONSECUENCIA JURÍDICA: prescripción trienal de las prestaciones sociales en el periodo comprendido entre 14 de mayo de 2004 a 1 de marzo de 2008, excepto los aportes al Sistema General de Pensiones.

REGLA ESTABLECIDA EN LA SENTENCIA: Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de *in dubio pro operario*, no regresividad y progresividad. El juez ha de pronunciarse sobre los aportes a pensión cuando encuentre probada la relación laboral, aunque el actor no lo haya solicitado en las pretensiones.

9. Decisión



Confirma sentencia de primera instancia: accede parcialmente adiciona numeral reconociendo la relación laboral entre el 14 de mayo de 2004 y el 3 de marzo de 2011 como tiempo laborado para efectos pensionales, salvo sus interrupciones.

10. Aclaraciones de voto

NO HUBO

11. Salvamento de voto

NO HUBO

12. Análisis jurídico

La presente sentencia se ubica en nuestra investigación como acorde a la línea jurisprudencial, en cuanto a lo que en ella se indicó la unificación jurisprudencial, del análisis hecho por el ponente del fenómeno de la solución de continuidad se destaca que: declara la solución de continuidad en un periodo laboral y un vínculo permanente con respecto de otro, del 14 de mayo de 2004 al 1 de marzo



de 2008 y del 1 de abril de 2008 hasta el 3 de marzo de 2011, respectivamente. Se logra ver cómo lo determinante para la sala es los días de diferencia entre un contrato y otro, sin que podamos decir que la diferencia es de meses a días puesto que, en uno de los periodos en que se consideró interrumpida la relación laboral fue del 2 al 30 de marzo, es decir de días, sin considerar conceptos como la disponibilidad que pudo haber tenido el trabajador en espera de la contratación, como sí se tiene en cuenta en el tramo laboral.

Así las cosas, la declaración del vínculo laboral continuo fue parcial.

SE DESTACA LA SIGUIENTE CITACIÓN DE SENTENCIAS:

Aunque no se está analizando las sentencias de los Tribunales, nos llama la atención que en la sentencia de primera instancia se aplica analógicamente el artículo 10 del D-1045 de 1978, en que se considera un término de 15 días hábiles entre la interrupción contractual para mirar si opera o no la solución de continuidad, no obstante, a pesar de citar este aparte la Sala no hace alusión a ello como criterio que la lleva a tomar la decisión de declarar que el vínculo es continuo, pues conforme a lo fallado parece rechazar el criterio.

0202-10
0316-14
2550-16 CE-SUJ2-05
42-13
1230-14

}



Maestrando	ANA ISABEL AVENDAÑO DUQUE
Ficha No.	9
1. Identificación de la providencia	
Numero	25000-23-42-000-2013-05202-01(2700-16)
Fecha	6 DE DICIEMBRE DE 2018
Corporación	CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A
Magistrado ponente	WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ
Magistrado(s) que aclaran(n) el voto	
Magistrado(s) que salvan(n) el voto	
2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad)	
Acto administrativo contenido en la Comunicación 100-388-2013 suscrita por el gerente de ESE HOSPITAL MEISSEN II NIVEL	
3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso)	
El señor JULIO ERNESTO CÁRDENAS PULGARÍN demanda la nulidad del acto administrativo contenido en la Comunicación 100-388-2013 suscrita por el gerente de ESE HOSPITAL MEISSEN II NIVEL y se vincula la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ D.C., también pretende el restablecimiento de sus derechos laborales por haber trabajado como enfermero y medico auditor desde 24 de diciembre de 2004 al 30 de junio de 2012 a través de contratos de prestación de servicios.	



Solicita condenar solidariamente a las demandadas a pagar las diferencias salariales, legales y convencionales de los enfermeros jefes de planta, cesantías, primas legal y extralegal, vacaciones, porcentajes de cotización a la seguridad social, indemnización por despido injusto, y diferencia salarial con los médicos auditores de planta.

En primera instancia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declara la nulidad del acto administrativo demandado y reconoce la existencia de la relación laboral, consecuentemente ordena restablecer el derecho, únicamente, como enfermero de esa entidad y pagar el equivalente a las prestaciones sociales que devengaba un enfermero de la entidad tomando como base para liquidar los honorarios del contrato de prestación de servicio, y por último, a devolver los aportes a al S.S.S en pensión y salud. Ambas partes apelaron la decisión.

4. problema jurídico-Corte-Consejo de Estado (según el caso)

La sala analiza si en el caso concreto se comprueba o no los elementos de la relación laboral, a pesar de las vinculaciones a través de contratos de prestación de servicios. Acto seguido, mirara si los periodos de los contratos son continuos o presentan interrupciones y la envergadura de esos lapsos de tiempo para observar si cabe o no, la prescripción extintiva frente a todos o algunos de los derechos que se desarrollaron por periodos de tiempo.

5. Tesis jurisprudencial

Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual. Prescripción que no aplica respecto de los aportes a pensión.

El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).



6. Normas jurídicas relevantes para el caso

CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 53 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-ARTICULO 6 Y ARTICULO 7 LEY 80 DE 1993, ART 23 C.S.T.

Resolución 102 del 25 de junio de 2008, por medio de la cual se modifica el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la planta de personal del Hospital Meissen.

DECRETO 3135 DE 1968

7. Ratio Decidendi

La sala comienza por exponer los argumentos normativos jurisprudenciales y normativos del contrato realidad, ya descrito en otras fichas y sobre lo cual, no se presenta discusión ni diferencia, que merezca mención.

Sobre el caso concreto la Corporación analiza que el actor prestó sus servicios en un periodo laboral como enfermero y en otro, como auditor medico así:

1. Del 24 de diciembre de 2004 al 31 de diciembre de 2004	Como enfermero
2. Del 3 de enero de 2005 al 30 de marzo de 2005	
3. Del 1.º de abril de 2005 al 30 de marzo de 2007	
4. Del 1.º de abril de 2007 al 30 de septiembre de 2011	
5. Del 1.º de julio de 2011 al 30 de abril de 2012	Como auditor médico
6. Del 2 de mayo de 2012 al 30 de junio de 2012	

Se encuentran allí, interrupciones de días entre uno y otro contrato y un entre julio y septiembre de 2011 donde se desempeñaron los dos contratos.

- Al tratarse de una actividad *intuitu personae*, es decir, que no podía delegar a un tercero, para la sala está clara la prestación personal del servicio.
- De los contratos de prestación de servicios se entiende que el actor recibía una contraprestación periódica por la ejecución de la obra o actividad contratada, por lo cual, independiente de su denominación en el contrato se entiende demostrado el elemento remuneración.
- Frente a la subordinación como elemento esencial y configurativo de la relación laboral se tiene que, el señor CÁRDENAS PULGARÍN logró probar el cumplimiento de horarios y directrices de la entidad accionada, así como la obligación de pedir permiso para ausentarse, adicionalmente, no podía cumplir con su función de forma autónoma respecto de su relación laboral con la accionada como ENFERMERO Y ENFERMERO JEFE,



pues todos los testigos y las funciones descritas en el manual de la entidad son concordantes con ello, más no se puede predicar que como auditor medico éste no pudiera desarrollar sus obligaciones con autonomía del centro hospitalario, que tuviera que usar los uniformes e insignias de la entidad o tuviera que ejercer sus labores en horarios determinados, además de no hacer parte de la misión de la entidad pública, mientras que, con relación a la enfermería si puede comprobarse los elementos equidad y similitud.

De su cargo como enfermero se puede colegir que, hubo una contratación de carácter permanente (durante 7 años) para ejercer una función análoga a la de los empleados de planta, con acatamiento de instrucciones y horario, y donde se pacta un objeto contractual que hace parte de las funciones misionales de la entidad contratante. En conclusión, el actor tuvo una relación laboral con la accionada entre el 24 de diciembre de 2004 hasta el 30 de septiembre de 2011.

En segundo lugar y conforme a la sentencia CE-SUJ2-005 del 5 de agosto de 2016, habrá de declararse la prescripción de los siguientes periodos contractuales, conforme a la premisa que En aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.

Como paréntesis, se especifica que la solicitud de reconocimiento de la relación laboral fue radicada por el actor el 28 de febrero de 2013, por lo que, el plazo máximo (de tres años a partir de la culminación del contrato) para reclamar de cada uno de los contratos era:

Periodo contractual	Plazo para reclamar
1. Del 24 de diciembre de 2004 al 31 de diciembre de 2004	1.º de enero de 2007
2. Del 3 de enero de 2005 al 30 de marzo de 2005	31 de marzo de 2008
3. Del 1.º de abril de 2005 al 30 de marzo de 2007	31 de marzo de 2010
4. Del 1.º de abril de 2007 al 30 de septiembre de 2011	1.º de octubre de 2014

Se toma cuadro textual.

Es decir que los derechos prestacionales originarios de los contratos descritos en la tabla con los numerales del 1 al 3, se encuentran prescritos, exceptuados como ya se ha dicho los aportes a pensión.

Así las cosas, será reconocida para efectos de la condena a todas las prestaciones sociales el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2007 hasta el 30 de septiembre de 2011.

8. Regla jurisprudencial

SUPUESTO FACTICO: persona que fue enfermero, enfermero jefe y auditor medico en Hospital público, el cual logra demostrar los elementos de la relación laboral sobre los dos primeros cargos. Fue contratado por contratos de prestación de servicios casi continuos, la mayoría de las veces.



CONSECUENCIA JURÍDICA: declaración de la prescripción extintiva de los derechos laborales sobre los contratos que al final de su duración contractual, no se demandó o requirió a la entidad pública dentro de los tres años siguientes a dicha fecha de terminación contractual.

REGLA ESTABLECIDA EN LA SENTENCIA: NO SE TRATA DE UNA REGLA, MÁS BIEN ES UNA EXCEPCIÓN.

Conforme a la sentencia CE-SUJ2-005 del 5 de agosto de 2016, habrá de declararse la prescripción de los siguientes periodos contractuales, conforme a la premisa que en aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.

9. Decisión

Confirma y adiciona dos ordinales al numeral primero y segundo de la sentencia de 1ª instancias:
 Se declara la nulidad del acto administrativo demandado
 Se declara probada parcialmente la excepción de prescripción
 Condena al pago de las prestaciones sociales entre el 1 de abril de 2007 y el 30 de septiembre de 2011, en calidad de enfermero.
 Condena al pago de la s.s.s. En pensión por el porcentaje del empleador.

10. Aclaraciones de voto

No hubo

11. Salvamento de voto

No hubo



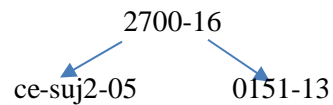
12. Análisis jurídico

La presente sentencia muestra una particularidad que no hemos visto en las demás, al analizar de manera rigurosa la finalización de cada contrato y aplicando la solución de continuidad en cada uno de ellos, a pesar de que en algunos se puede ver la finalización del vínculo y el inicio del otro, al otro día o a muy pocos días, por lo que se diferencia de otras sentencias donde se mira el transcurso considerable del tiempo –la mayoría de ocasiones, de un mes o más- para considerar que hubo un vínculo con solución de continuidad.

Esta sentencia sigue los lineamientos de la CE-SUJ2-005 pero no hace parte de la mayoría de las decisiones, sino que es de alguna manera, exegética, o tal vez no tanto, debido a que así como se falla en esta sentencia no se tiene en cuenta el principio de la primacía de realidad sobre las formas, pues se está haciendo énfasis en la fecha de finalización de un contrato de prestación de servicios con la que se encubrió una relación laboral que ya fue considerada continua, por lo que las interrupciones entre un contrato y otro deben ser apreciadas conforme a esa realidad, esto es, que se terminaba un contrato un día y al otro día o al segundo, se volvía a contratar, favoreciendo el actuar simulado de la entidad pública.

de todas formas, se encuentra que, debido a la interrupción del periodo laboral de meses, habrían prescrito los derechos laborales en algunos contratos.

Se destaca la citación siguiente:





Maestrando	LUIS GUILLERMO PEREZ ECHEVERRI
Ficha No.	10
1. Identificación de la providencia	
Numero	08001-23-33-000-2014-01649-01(2275-16)
Fecha	22 DE NOVIEMBRE DE 2018
Corporación	CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A
Magistrado ponente	WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ
Magistrado(s) que aclaran(n) el voto	
Magistrado(s) que salvan(n) el voto	
2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad)	
Acto administrativo contenido en el Oficio S-2014-0251/SECSA-ASJUR-10.7.1 del 20 de junio de 2014, por medio del cual se negó la solicitud de reconocimiento de la existencia del vínculo laboral y pago de las prestaciones sociales a JENNIFER SARMIENTO SOSSA.	
3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso)	
La señora JENNIFER SARMIENTO SOSSA demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho del artículo 138 del CPACA al Ministerio de Defensa, La Policía Nacional, Dirección de Sanidad de la Policía Nacional y Clínica de la Policía Regional del Caribe, con la finalidad de que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio S-2014-0251/SECSA-ASJUR-10.7.1 del 20 de junio de 2014, por medio del cual se negó el reconocimiento de la relación laboral y las prestaciones sociales de la demandante por haber trabajado para la Policía Nacional desde el 3 de julio de 2009 hasta el 31 de marzo de 2014 en las dependencias de la	



Clínica de esa entidad como enfermera jefe y desempeñando su labor bajo dependencia y subordinación.

La actora solicitó el reconocimiento de la relación laboral y pago de las prestaciones sociales, auxilio de transporte, dotación en dinero, recargo nocturno e indemnización de despido sin justa causa entre otras.

4. problema jurídico-Corte-Consejo de Estado (según el caso)

El Tribunal Administrativo del Atlántico accedió parcialmente a las pretensiones, declaró la existencia de la relación laboral, otorgó las prestaciones sociales y demás emolumentos reclamados y los aportes a la seguridad social, sumas que serán pagadas a título de indemnización. Únicamente apela la parte accionada.

La sala examina en esta oportunidad conforme al sustento de la apelación, sí o no se comprobaron los elementos de la relación laboral entre las partes, a pesar de que la vinculación inició a través de contrato de prestación de servicios y se rompe entonces, la presunción que esta figura lleva y, de otro lado, comprobar sí opera o no, el fenómeno de la prescripción y cómo deberá restablecerse el derecho frente a los aportes a pensión.

5. Tesis jurisprudencial

El contrato de prestación de servicios goza de una presunción legal contenida en el No. 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, el cual es que, el contrato de prestación de servicios nunca genera relación laboral ni prestación de sociales, dicha presunción legal se mantiene hasta que por el principio de realidad sobre las formas establecido en el artículo 53 superior se demuestren los elementos de la relación laboral: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración y gracias a ello surgirá la figura del contrato realidad.

En el caso concreto y de acuerdo con la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, debe declararse la prescripción de las prestaciones sociales a que tendría derecho la demandante por la existencia de la relación laboral y que no fueron reclamadas dentro de los tres años siguientes a la finalización de los diferentes periodos contractuales.

6. Normas jurídicas relevantes para el caso

CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 53



CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES - ARTICULO 6 Y ARTICULO 7 LEY 80 DE 1993
ART 23 C.S.T.
DECRETO 3135 DE 1968

7. Ratio Decidendi

Observa la sala que el Tribunal A Quo, declaró que la señora Jennifer Sarmiento había sostenido una relación laboral de forma continua e ininterrumpida con la Policía Nacional desde el 3 de julio de 2009 hasta del 31 de marzo de 2014, no obstante, la sala encuentra que la actora fue contratada con el mismo objeto contractual, pero con interrupciones en los contratos así:

1. Del 3 de julio de 2009 al 2 de septiembre de 2009
2. Del 3 de septiembre de 2009 al 30 de mayo de 2010
3. Del 16 de junio de 2010 al 30 de noviembre de 2010
4. Del 20 de marzo de 2012 al 4 de diciembre de 2012
5. Del 5 de diciembre de 2012 al 30 de abril de 2013
6. Del 1 de mayo de 2013 a 30 de junio de 2013
7. Del 1 de julio de 2013 al 31 de marzo de 2014

De manera que se concluye que hubo continuidad en respecto de los contratos 1 y 2 y del 4 al 7 para determinar que hubo tres periodos contractuales:

1. Del 3 de julio de 2009 al 30 de mayo de 2010
2. Del 16 de junio de 2010 al 30 de noviembre de 2010
3. Del 20 de marzo de 2012 al 31 de marzo de 2014

Cuadro textual de la sala. P. 17

Al respecto la sala indica que,

“Ahora, si bien es cierto que la señora Jennifer Sarmiento Sossa pretendió con la demanda el reconocimiento de la relación laboral sin solución de continuidad, lo cierto es que en el expediente no obra un medio de convicción que permita a esta Corporación llegar a un grado de convencimiento acerca de la vinculación continua, sucesiva e ininterrumpida con la entidad demandada.” P. 17

Al respecto cita a la misma Subsección en sentencia del 18 de julio de 2018 rad: 3300-2014 C.P William Hernández Gómez en donde se precisa que los vínculos con el estado pueden ser SUCESIVOS O INTERRUMPIDOS, el primero se da cuando la contratación es inmediata sin



que se suspenda el objeto de las actividades contractuales, es decir, continuo; el segundo se da cuando transcurre un lapso entre cada contrato u orden de prestación de servicio.

En la misma sentencia se habla entonces de la vinculación sucesiva, donde se tendrá como fecha inicial del contrato la del primero de ellos y la fecha final de la relación laboral aquella donde haya una interrupción, así sea un contrato diferente, mientras que en la vinculación interrumpida en que medie siquiera un día, serán tomados de manera independiente y frente a cada uno de ellos se tiene la carga probatoria, so pena de no ser tenidos en cuenta. Según la sentencia citada, todo ello tiene cabida al análisis de la manera aquí presentada amén de la sentencia CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016 donde los derechos prestacionales derivados del contrato realidad son susceptibles de perderse por la prescripción extintiva trienal, puesto que, uno de los elementos determinantes de la relación laboral es la permanencia en el servicio.

Dado lo anterior, el Ad Quem no cuenta con elementos probatorios que permitan saber con certeza que durante esos lapsos de tiempo hubo prestación personal del servicio, que permitiera inferir que a pesar de haberse firmado los contratos las fechas indicadas la actora habría continuado con sus laborales.

La sala menciona que si bien existe certificación de vinculación a través de los CPS 67-7-20411 de 2010, con una duración de 6 meses comprendidos entre el 1.º de diciembre de 2010 y el 31 de mayo de 2011 y el 67-7-20259 de 2011, por un lapso de 5 meses y 15 días, es decir, entre el 1 de septiembre de 2011 y el 28 de febrero de 2012, la Corporación no ve allegados dichos contratos, por lo que los extremos temporales reconocidos serán los mencionados en el cuadro anterior.

La sala encuentra probado la remuneración descrita en los contratos de prestación de servicios, así como la prestación personal del servicio, puesto que se trata de una actividad intuitu personae, la cual no puede ser delegada. Frente al elemento subordinación, como elemento definitivo de la relación laboral, se tiene que las funciones descritas en los contratos de prestación de servicios dan cuenta de la identidad entre el objeto contractual y la misión de la entidad pública y que la contratación hace parte de la prestación eficiente del servicio público de la salud, contratación que tuvo vigencia de cuatro años según lo encuentra demostrado la Corporación en el proceso, lo que rompe con el carácter temporal de este tipo de contratos.

De las pruebas documental y testimonial se puede evidenciar llamados de atención por parte de los suboficiales y superiores de la Policía a la actora, por el no cumplimiento de sus labores y el descuento de un día de honorarios, al considerar que ese día no había laborado, es decir, que hubo uso del poder sancionador y se impuso la obligación de responder (en nuestras palabras rendir descargos) ante la queja interpuesta por una compañera de trabajo; igualmente se tiene, que la actora es promovida el 26 de agosto de 2013 a Coordinador del Servicio de Urgencias y se le envía comunicación del Cómo debe llenar sus informes ya que, no lo está haciendo bien. Por ello, la sala encuentra que la actora mantenía subordinación continuada de la accionada al recibir constantemente órdenes y ser sujeto disciplinable.

FRENTE A LA PRESCRIPCIÓN: se tiene que la actora solicita el reconocimiento y pago de las acreencias laborales a la accionada, el 5 de junio de 2014, por tratarse de contratos con interrupciones y siguiendo la CE-SUJ-005 se mirarán con respecto de cada finalización del vínculo el computo de la prescripción trienal.



Periodo contractual	Plazo para reclamar
1. Del 3 de julio de 2009 al 30 de mayo de 2010	31 de mayo de 2013
2. Del 16 de junio de 2010 al 30 de noviembre de 2010	1.º de diciembre de 2013
3. Del 20 de marzo de 2012 al 31 de marzo de 2014	1.º de abril de 2014

Cuadro tomado textual. P. 35

Es decir que, la sala encuentra prescritos los derechos laborales de los periodos laborales 1 y 2, excepto lo que atañe a aportes a pensión por su naturaleza imprescriptible. Frente al periodo laboral 3, la sala concede todos los derechos prestacionales.

8. Regla jurisprudencial

SUPUESTO FACTICO: Enfermera de la Clínica de la Policía Nacional con contratos de prestación de servicios con interrupciones de al menos un mes entre algunos contratos.

CONSECUENCIA JURÍDICA: vinculación laboral reconocida por periodos, dependiendo de las interrupciones que dejaron ver que algunos de ellos ya habían prescrito. Declaración de la prescripción parcial sobre las prestaciones sociales que no son periódicas.

REGLA ESTABLECIDA EN LA SENTENCIA: El término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella. En aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.

9. Decisión

Confirma y adiciona:
 Numeral primero: se adicionan dos ordinales
 Declarar la prescripción parcial

Segundo: declarar la nulidad parcial del acto administrativo y reconocer a la actora las prestaciones sociales y demás emolumentos desde el 20 de marzo de 2012 hasta el 31 de marzo de 2014.

Tercero: condenar a la demandada al pago de los aportes a seguridad social en pensiones durante todos los periodos laborales.
 Sin condena en costas

10. Aclaraciones de voto

No hubo.



11. Salvamento de voto

No hubo

12. Análisis jurídico

En esta sentencia vemos que la Sala tiene como tiempo considerable para descartar un vínculo continuo el transcurrido entre el 30 de mayo de 2010 al 16 de junio de 2010, es decir 15 días calendario, sin aplicación de ningún tipo de criterio más que citar la sentencia de unificación reiterativamente en esta parte:

“En los precisos términos de la sentencia de unificación, se indicó: «[...] Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. [...]» (Subrayado de la Subsección).” Pie de página 39 PAG 35.

Igualmente, ese término habría de prescribir en el segundo periodo contractual, toda vez que, transcurrieron meses entre un contrato y otro, pero lo que se quiere resaltar es el hecho de que, para el caso concreto, es decir, el de una enfermera jefe, se declara la interrupción del vínculo con días transcurridos entre un contrato de prestación de servicios y otro, bajo el siguiente criterio:

- *“Vinculación sucesiva: en estos eventos los periodos a reconocer como relación laboral serán contabilizados desde la fecha de inicio y hasta la fecha de finalización, aun así, hubiesen mediado múltiples contratos.*



- *Vinculación interrumpida: en este caso, la relación laboral únicamente puede reconocerse por los periodos efectivamente contratados o debidamente ejecutados, pues los tiempos reclamados que no consten o cuya prestación no pueda acreditarse fehacientemente a través de los medios probatorios con que cuenta la parte demandante, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la respectiva condena, sin importar si la interrupción es de un día, inclusive.” p. 18*

Se resalta la siguiente citación de sentencias:

	CE-SUJ2-05
2575-16	0151-13
	3300-14

}



Maestrando	LUIS GUILLERMO PEREZ ECHEVERRI
Ficha No.	11
1. Identificación de la providencia	
Numero	68001-23-33-000-2013-00689-01(3300-14)
Fecha	18 de julio de 2018
Corporación	CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A
Magistrado ponente	
Magistrado(s) que aclaran(n) el voto	
Magistrado(s) que salvan(n) el voto	
2. Norma demandada (solo en el caso de sentencias de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad)	
<p>Acto administrativo del 6 de febrero de 2013, expedido por el secretario general y del interior del municipio de Rionegro (Santander), en virtud del cual se negó la existencia de la relación laboral y el pago de los derechos salariales y prestacionales a la señora ISABEL VEGA BELTRÁN.</p>	
3. Hechos jurídicamente relevantes (síntesis del caso)	
<p>“La señora Isabel Vega Beltrán prestó sus servicios en calidad de docente al municipio de Rionegro en Santander a través de distintas órdenes de prestación de servicios entre los años 1994 y 2002.</p> <p>La prestación del servicio se hizo bajo la presencia de los elementos del contrato de trabajo. Sin embargo, nunca se le reconocieron las prestaciones sociales y demás derechos laborales a los cuales tenía derecho.</p>	



El 27 de noviembre de 2012 solicitó al municipio de Rionegro el reconocimiento de la relación laboral y el pago de las prestaciones, y el 6 de febrero de 2013, la entidad demandada respondió negativamente a su solicitud.” P. 3

4. problema jurídico-Corte-Consejo de Estado (según el caso)

“En ese orden, los problemas jurídicos que deben resolverse en esta instancia se circunscriben a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿En el caso de la señora Isabel Vega Beltrán, cuáles son los extremos temporales que se debían reconocer al declararse la existencia de la relación laboral entre esta y el municipio de Rionegro?
2. ¿Hay lugar a declarar la excepción de prescripción del derecho respecto a los periodos sobre los cuales se declaró la relación laboral entre la señora Isabel Vega Beltrán y el Municipio de Rionegro?” P. 9

5. Tesis jurisprudencial

“La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La relación laboral encubierta a través de contratos de prestación de servicios únicamente, en el caso objeto de estudio, puede ser reconocida en los periodos efectivamente contratados y laborados. Lo anterior se sustenta a continuación.” P. 9

“Frente a ese tópico es preciso indicar que, en la práctica, las vinculaciones a través de contratos de prestación de servicios con el Estado pueden ser sucesivas o interrumpidas, al respecto:

- Sucesivas: implican la suscripción de contratos de forma sucesiva, inmediata, sin que medie la suspensión del objeto o de las actividades contractuales en el tiempo, es decir, que su prestación es continua.
- Interrumpidas: en tanto transcurre un lapso entre cada vinculación, a través de los contratos u órdenes de prestación de servicios.” P. 9

“La Subsección sostendrá la siguiente tesis: En el caso concreto y de acuerdo con la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, debe declararse la prescripción de las prestaciones sociales a que tendría derecho la demandante por la existencia de la relación laboral, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización de los vínculos contractuales y la reclamación del derecho ante la autoridad pertinente” p. 17



<p>6. Normas jurídicas relevantes para el caso</p> <p>Decreto 3135 de 1968 Decreto 1848 de 1969</p>
<p>7. Ratio Decidendi</p> <p>Después de corroborados los elementos de la relación laboral: 1) la prestación personal del servicio, 2) continuada subordinación y dependencia y, 3) remuneración o contraprestación, se pueden presentar dos situaciones al intentar declarar los extremos temporales laborados: que se trate de una vinculación sucesiva: existencia de una relación laboral que se cuenta desde el inicio hasta la finalización del vínculo así medien varios contratos u ordenes de prestación de servicios o, que se trate de una vinculación interrumpida, donde solamente habrá de haber un reconocimiento por periodos, periodos que están debidamente contratados y debidamente ejecutados, sin importar la interrupción de UN DÍA, INCLUSIVE. P. 10</p> <p>Lo anterior debido a que, según la sala así lo ordena la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016: «[...] Pero <u>en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización</u>” (subrayas de la subsección) p. 10</p> <p>Para el efecto, la sala únicamente tiene en cuenta la prueba reina y necesaria que son los contratos de prestación de servicios presentados en el proceso.</p> <p>Según el análisis hecho de las pruebas por la Sala se establecen los siguientes periodos laborales.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Del 1.º de febrero de 1994 al 30 de noviembre de 1994. • Del 1.º de febrero de 1995 al 30 de noviembre de 1995. • Del 1.º de febrero de 1996 al 30 de noviembre de 1996. • Del 1.º de junio de 1997 al 30 de noviembre de 1997. • Del 9 de febrero de 1998 al 30 de noviembre de 1998.



- Del 1.º de febrero de 1999 al 30 de noviembre de 1999.
- Del 1.º de febrero de 2000 al 30 de noviembre de 2000.
- Del 15 de febrero de 2001 al 14 de diciembre de 2001.
- Del 1.º de febrero de 2002 al 30 de noviembre de 2002.

Cuadro tomado textual de la página 12

Según lo anterior, la Sala considera errado la concepción que tuvo el a quo al considerar los periodos de diciembre a enero periodos en los cuales la docente disfrutaba de sus vacaciones, para la sala, la demandante debía demostrar que durante esos lapsos ella prestaba algún servicio a la entidad pública demandada p. 12. Seguidamente, la Sala pasa a mirar la prueba testimonial para advertir, que es coherente con la prueba documental y que la docente solo desempeñaba labores desde febrero a noviembre, tiempo que hace parte de los periodos académicos. P. 15

En conclusión, para la Sala no hubo una relación laboral continua e ininterrumpida, sino por periodos contractuales, desde los cuales analizará el termino de prescripción de cada uno. P. 17 conforme a las reglas de la sentencia de unificación, el termino de para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el estado es de tres años a partir del día en que culmina el contrato, debiendo analizar desde cada interrupción la prescripción según las fechas de finalización. La solicitud de la parte demandante se presenta a la entidad demandada el 27 de noviembre de 2012. P. 18

Según ello, todos los periodos contractuales se encuentran prescritos:

Periodo de vinculación	Fecha de Prescripción
Del 1.º de febrero de 1994 al 30 de noviembre de 1994.	1.º de diciembre de 1997
Del 1.º de febrero de 1995 al 30 de noviembre de 1995.	1.º de diciembre de 1998
Del 1.º de febrero de 1996 al 30 de noviembre de 1996.	1.º de diciembre de 1999
Del 1.º de febrero de 1997 al 30 de noviembre de 1997.	1.º de diciembre de 2000
Del 9 de febrero de 1998 al 30 de noviembre de 1998.	1.º de diciembre de 2001
Del 1.º de febrero de 1999 al 30 de noviembre de 1999.	1.º de diciembre de 2002
Del 1.º de febrero de 2000 al 30 de noviembre de 2000.	1.º de diciembre de 2003
Del 15 de febrero de 2001 al 14 de diciembre de 2001.	1.º de diciembre de 2004
Del 1.º de febrero de 2002 al 30 de noviembre de 2002.	1.º de diciembre de 2005

Cuadro tomado de la página 18.

Amén del mandato de la sentencia de unificación jurisprudencial, así no se haya solicitado expresamente, el Juez Administrativo ha de reconocer lo concerniente a las cotizaciones adeudadas al sistema general de seguridad social en pensiones en el porcentaje que le corresponde al empleador. P. 19 en ese sentido la demandante tendrá que demostrar que pagó lo concerniente a los aportes, y en caso de no haberlos pagado, queda a su cargo el porcentaje restante al aporte durante todo el tiempo laborado. P. 20

8. Regla jurisprudencial



SUPUESTO FACTICO: Docente

CONSECUENCIA JURÍDICA: vinculación laboral reconocida por periodos, dependiendo de las interrupciones que dejaron ver que algunos de ellos ya habían prescrito.

Declaración de la prescripción parcial sobre las prestaciones sociales no periódicas o imprescriptibles.

REGLA ESTABLECIDA EN LA SENTENCIA: El término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella. En aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución (así sea de un día), debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.

9. Decisión

“Primero: Adicionar el ordinal primero de la sentencia proferida el 15 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Santander, el cual quedará así:

«Primero. Declarar la nulidad del Acto administrativo contenido en el oficio de fecha 06 de febrero de 2013 suscrito por el Secretario General y del Interior del Municipio de Rionegro en el que negó el reconocimiento de una relación laboral entre dicho ente territorial y la docente demandante.

En consecuencia, se declara la existencia del contrato realidad entre la señora Isabel Vega Beltrán y el municipio de Rionegro durante los periodos comprendidos entre el 1.º de febrero de 1994 y el 30 de noviembre de 1994; el 1.º de febrero de 1995 y el 30 de noviembre de 1995; el 1.º de febrero de 1996 y el 30 de noviembre de 1996; el 1.º de febrero de 1997 y el 30 de noviembre de 1997; el 9 de febrero de 1998 y el 30 de noviembre de 1998; el 1.º de febrero de 1999 y el 30 de noviembre de 1999; el 1.º de febrero de 2000 y el 30 de noviembre de 2000; el 15 de febrero de 2001 y el 14 de diciembre de 2001; y el 1.º de febrero de 2002 y el 30 de noviembre de 2002.»

Segundo: Revocar el ordinal segundo de la sentencia del 15 de mayo de 2014 en cuanto ordenó el pago de las prestaciones sociales comunes que devengaban los docentes del ente territorial desde el 1.º de febrero de 1994 hasta el 30 de noviembre de 2002.

En su lugar, se declara probada de manera oficiosa la excepción de prescripción extintiva de los derechos laborales y prestaciones sociales derivadas de los contratos u órdenes de prestación de servicios suscritas entre la señora Isabel Vega Beltrán y el municipio de Rionegro, causadas entre el año 1994 y el año 2002, excepto en lo relacionado con los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones.

Tercero: Modificar el ordinal tercero de la sentencia del 15 de mayo de 2014, el cual quedará de la siguiente forma:



«Tercero. Condenar, a título de restablecimiento del derecho, al municipio de Rionegro a tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante, dentro de los dos periodos laborados por prestación de servicios, esto es, entre el 1.º de febrero de 1994 y el 30 de noviembre de 1994; el 1.º de febrero de 1995 y el 30 de noviembre de 1995; el 1.º de febrero de 1996 y el 30 de noviembre de 1996; el 1.º de febrero de 1997 y el 30 de noviembre de 1997; el 9 de febrero de 1998 y el 30 de noviembre de 1998; el 1.º de febrero de 1999 y el 30 de noviembre de 1999; el 1.º de febrero de 2000 y el 30 de noviembre de 2000; el 15 de febrero de 2001 y el 14 de diciembre de 2001; y el 1.º de febrero de 2002 y el 30 de noviembre de 2002, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Isabel Vega Beltrán como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duraron los vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.»

Cuarto: Confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia.

Quinto: Sin condena en costas en esta instancia, de acuerdo con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Sexto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.” P. 24

10. Aclaraciones de voto

No hubo

11. Salvamento de voto



No hubo.

12. Análisis jurídico

Se evidencia que en las decisiones del M.P. WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ, la interrupción del vínculo contractual es radical, en cuanto a que él considera que la interrupción de siquiera un día es indicador de que se rompe el vínculo y nace uno nuevo, incluso en circunstancias especiales, como las de los docentes, en donde, según el principio de realidad sobre las formas se puede evidenciar cómo la administración aprovecha los periodos escolares para vincular y desvincular al docente-trabajador, dejando al trabajador en disponibilidad, pues ese tiempo es tomado como vacacional.

El Magistrado consideró que la demandante debía probar que en el tiempo vacacional ella tenía contrato u orden de prestación de servicios o recibos de pago o cualquier otro medio probatorio, cuando es obvio que, bajo el contrato de prestación de servicios ella no tenía derecho a las vacaciones pagadas o cualquier otra prestación social, de hecho, con ese fin es que se demanda.

Aunque se resalta el radicalismo del pronunciamiento, se destaca como un criterio claro, lo que no sucede con otras sentencias analizadas donde no se puede si quiera identificar alguno.

La sentencia analizada tiene relación o fue citada por dos sentencias de nuestra línea así:

