COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia SU/448/16

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de unificación
Referencia	SU/448/16
Expediente	—
Fecha	2016-01-25
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Con
Partes	Martha Patricia Martínez Pinzón contra la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado.

Temas que titula la Corte Constitucional

- Accion De Tutela Contra Providencias Judiciales
- Caracterizacion Del Defecto Material O Sustantivo Como Causal De Procedibilidad De La Accion De Tutela Contra Providencias Judiciales
- Violacion Directa De La Constitucion Como Causal De Procedibilidad De La Accion De Tutela Contra Providencias Judiciales
- Contrato Realidad
- Contrato Realidad Y Contrato De Prestacion De Servicios
- Auxilio De Cesantia

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Defecto sustantivo surge de la importancia que tiene una argumentación suficiente y motivada por parte de los jueces dentro de las sentencias que profieren, convirtiéndose en una causal autónoma de procedencia de la acción de

Texto completo

SU448-16 Sentencia SU448/16 ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Requisitos generales y especiales de procedibilidad CARACTERIZACION DEL DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Reiteración de jurisprudencia El defecto sustantivo surge de la importancia que tiene una argumentación suficiente y motivada por parte de los jueces dentro de las sentencias que profieren, convirtiéndose en una causal autónoma de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial. Lo anterior, por cuanto se cumple con la obligación de que los fallos judiciales deben ser públicos, y las decisiones serán objetivas y justas.

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Causal específica autónoma DEFECTO FACTICO POR VALORACION DEFECTUOSA DEL MATERIAL PROBATORIO El defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio allegado al proceso se presenta cuando “el funcionario judicial al momento de valorar la prueba niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia

que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez.

DEFECTO FACTICO- Dimensión negativa y positiva Cuando en el defecto fáctico se habla, por un lado, de la dimensión positiva se pueden presentar dos hipótesis: (i) por aceptación de prueba ilícita por ilegal o por inconstitucional, y (ii) por dar como probados hechos sin que realmente exista prueba de los mismos; y por otro lado, la dimensión negativa puede dar lugar a tres circunstancias: (i) por omisión o negación del decreto o la práctica de pruebas determinantes, (ii) por valoración defectuosa del material probatorio y (iii) por omitir la valoración de la prueba y dar por no probado el hecho que emerge claramente de ella.

DEFECTO FACTICO POR LA NO VALORACION DEL ACERVO PROBATORIO Sólo es dable fundamentar una acción de tutela contra una providencia judicial alegando la configuración de un defecto fáctico cuando es posible verificar que la valoración probatoria realizada por el juez del caso, es manifiestamente errónea o arbitraria, ya sea por omitir solicitar o decretar una prueba esencial en el juicio, porque a pesar de encontrarse la prueba dentro del proceso no se valora, o porque a pesar de haber sido examinada se hace de manera defectuosa.

CONTRATO REALIDAD- Definición CONTRATO REALIDAD Y CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS- Demostración de relación laboral Lo que en realidad debe tenerse en cuenta es la relación efectiva que existe entre trabajador y empleado, y no lo que se encuentre consignado en un contrato, pues lo escrito, puede en ocasiones resultar contrario a la realidad. De esta manera, un contrato llamado de prestación de servicios, puede esconder una verdadera relación laboral.

CONTRATO REALIDAD- Elementos esenciales que deben demostrarse AUXILIO DE CESANTIA- Concepto/ AUXILIO DE CESANTIA- Finalidad MORA EN LA CONSIGNACION Y PAGO DEL AUXILIO DE CESANTIA- Sanción moratoria Las sanciones previstas por el Legislador con el fin de evitar la mora en las cesantías se pueden presentar en dos modalidades diferentes, en primer lugar por no consignarse dicho auxilio al fondo elegido por el trabajador dentro del plazo fijado por la ley, es decir antes del quince (15) de febrero de cada año y, en segundo lugar por el pago tardío de la prestación parcial cuando el empleado lo solicite, o de forma definitiva a la terminación de la relación laboral. Conforme al marco jurídico que regula el auxilio de cesantías, encontramos que fue el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 el que previó una sanción moratoria por la no consignación de las cesantías definitivas por la anualidad o fracción correspondiente antes del quince (15) de febrero del año siguiente.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Improcedencia por cuanto Consejo de Estado, al negar reconocimiento y pago de sanción moratoria por el pago tardío de cesantías y prestaciones sociales, originadas en la declaratoria de existencia de contrato realidad, es coherente con los precedentes horizontales de esa Corporación ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Improcedencia por cuanto el reconocimiento de la existencia de un vínculo laboral -contrato realidad- con el estado, no lleva consigo la sanción moratoria por el incumplimiento del pago oportuno de prestaciones sociales, toda vez que los derechos que se derivan de la relación laboral surgen a partir de la sentencia que la reconoce Referencia:

Expediente T-5.305.136 Acción de Tutela instaurada por Martha Patricia Martínez Pinzón, contra el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B.

Derechos fundamentales invocados: Derecho al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad. Temas: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) requisitos generales y especiales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; (iii) defecto material o sustantivo como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; (iv) violación directa de la

Constitución como requisito específico de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial; (v) defecto fáctico por omitir y valorar defectuosamente el material probatorio;

(vi) parámetros jurisprudenciales respecto del denominado contrato realidad; (vii) auxilio de cesantías y; (viii) mora en la consignación y pago del auxilio de cesantías.

Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Bogotá D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil dieciséis (2016) La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados María Victoria Calle Correa– quien preside–, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva , en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente:

SENTENCIA En el proceso de revisión del fallo proferido el doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015) por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que confirmó la sentencia del dieciséis (16) de septiembre de dos mil quince (2015), por medio de la cual, la Sección Cuarta del Consejo de Estado declaró improcedente el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad.

1. ANTECEDENTES De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Uno de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia [1] .

En virtud de lo dispuesto en el artículo 62 del Acuerdo 02 de 2015 que unifica y actualiza el Acuerdo 05 de 1992, “ por el cual se adopta el Reglamento de la Corte Constitucional ”, la Sala Plena de esta Corporación, decidió asumir el conocimiento del presente asunto .

1.1 SOLICITUD La señora Martha Patricia Martínez Pinzón , actuando a través de apoderada, interpuso acción de tutela solicitando que se deje sin efectos la sentencia del dos (2) de octubre de dos mil catorce (2014), proferida por la Sección Segunda, Subsección “B” del Consejo de Estado, que confirmó el fallo del veinticuatro (24) de abril de dos mil doce (2012), emitido por la Sección Segunda, Subsección F en descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y que se abstuvo de ordenar el pago de la sanción moratoria que correspondía ante la omisión de su entidad empleadora de realizar el pago oportuno de sus prestaciones sociales.

Según la accionante, el argumento adoptado por la entidad, según el cual, no habría lugar a la aplicación de disposiciones de carácter sancionatorio pues la existencia de la relación laboral surgió con la sentencia que es de carácter constitutivo vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad.

1.2. HECHOS Y ARGUMENTOS DE DERECHO 1.2.1. La señora Martha Patricia Martínez Pinzón , manifiesta que prestó sus servicios de manera subordinada a la Nación – Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), desde el veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002) hasta el treinta (30) de marzo de dos mil siete (2007). Añade que para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral, la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) la vinculó de manera ilegal a través de “órdenes de prestación de servicios” .

1.2.2. Indica que mediante oficio radicado el veinticinco (25) de abril de dos mil ocho (2008), en ejercicio de su derecho fundamental de petición, solicitó a la Nación – Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG):

(i) que se reconociera la existencia de una relación personal permanente, subordinada y dependiente, originada en desnaturalización de los contratos de prestación de servicios, (ii) que se reconociera y pagara las prestaciones sociales a las que como funcionaria al servicio de la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG en calidad de asesora tiene derecho, incluidas las primas, vacaciones, cesantías y demás, así como las indemnizaciones por su no pago conforme a lo

dispuesto por el Decreto 797 de 1949, en concordancia con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, (iii) que se ordenara la sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales y la no consignación oportuna de las cesantías, (iv) que se reconociera y pagara la indemnización por no afiliación al Sistema General de Seguridad Social, y (v) que se expidiera una certificación laboral donde conste el tiempo de servicios y lo devengado mes por mes en forma discriminada, indicando factores salariarles y prestacionales cancelados, así como los demás emolumentos devengados por la servidora.

1.2.3. A través del acto administrativo No. S-2008-002116 del diecisiete (17) de julio de dos mil ocho (2008), la Nación – Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) negó las pretensiones de la accionante debido a que no se encontraba acreditada la subordinación y la dependencia. Así mismo, resaltó que la solicitante no probó que estuviera desarrollando una función pública razón por la que no se podía acceder a sus solicitudes.

1.2.4. Por lo anterior, el catorce (14) de noviembre de dos mil ocho (2008), la demandante haciendo uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho demandó la decisión administrativa contenida en el Oficio Nro. S-2008-002116, Nro. de Referencia E-2008-003451 del diecisiete (17) de julio de dos mil ocho (2008) proferido por la Nación – Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG); manteniendo las pretensiones de la petición que presentó el veinticinco (25) de abril de dos mil ocho (2008) y, adicionalmente, solicitó que se condenara a la entidad al pago de perjuicios morales causados “por el cercenamiento de todos sus derechos prestacionales al ocultarse la real relación laboral bajo el disfraz de simples órdenes de prestación de servicios.” Dentro de la demanda la accionante manifestó que la prestación de servicios fue personal, directa, continua y subordinada y que se le reconocía una remuneración bajo la modalidad de honorarios lo que realmente correspondía al salario devengado. A su vez, indicó que las funciones se cumplieron de acuerdo a las pautas fijadas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, que le fijó un horario y estableció circunstancias de tiempo, modo y lugar para el cumplimiento de sus funciones.

Así mismo, relató que se asignaron labores diferentes a las contempladas en las órdenes de servicio, e incluso participó en varios comités por orden de la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG en los que rindió informes.

Expuso que la entidad le asignó carnet y un parqueadero, al cual solo podían ingresar funcionarios. Aclaró que no se le puede aplicar el artículo 13 del Decreto 2170 de 2002 toda vez que el mismo fue expedido el treinta (30) de septiembre de dos mil dos (2002) y su contrato fue celebrado el veintiuno (21) de febrero del mismo año. Resaltó que la entidad podía contratar mediante la figura de prestación de servicios el desarrollo de funciones de apoyo, no aquellas de naturaleza misional.

Finalmente, la accionante aseguró que el treinta (30) de marzo de dos mil siete (2007), la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG dio por terminada la relación laboral señalando que no se iba a prorrogar la orden de prestación de servicios.

1.2.5. El proceso correspondió por reparto a la Sección Segunda, Subsección F en descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que mediante sentencia del veinticuatro (24) de abril de dos mil doce (2012) declaró la nulidad del Oficio Nro. S-2008-002116.

El Tribunal encontró demostrado que la demandante prestó sus servicios profesionales como asesora desde el veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002) hasta el treinta (30) de marzo de dos mil siete (2007). Precisó que el vínculo se llevó a cabo mediante la celebración de órdenes de prestación de servicios que fueron suscritas de manera continua e ininterrumpida durante cinco años, un mes y nueve días.

Análogamente, la instancia judicial consideró que se desvirtuó la autonomía y la independencia en la prestación de servicio, teniendo en cuenta que la señora Martínez Pinzón solicitaba permisos, reportaba horarios y justificaba la

ausencia al trabajo con certificados. Igualmente, sostuvo que se le asignaron actividades distintas a las que constaban en las órdenes de prestación de servicios.

Además, indicó que la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG "contaba con capacidad dispositiva sobre la labor que cumplía la demandante" y que la entidad tenía la intención de que los servicios de la señora Martínez Pinzón se prestaran de manera permanente.

En consecuencia, el Tribunal negó el reconocimiento de la indemnización moratoria pues la sentencia era constitutiva de derecho y a partir de ella nacían las prestaciones en cabeza de la actora, declaró la existencia de la relación laboral entre la demandante y la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG.

Así pues, ordenó a título de restablecimiento del derecho el pago de prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados vinculados a dicha entidad y de los porcentajes de cotización a pensión y salud que debió trasladar a los fondos correspondientes desde el veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002) hasta el treinta (30) de marzo de dos mil siete (2007).

Del mismo modo, ordenó pagar a título de indemnización las cotizaciones que debieron ser realizadas a las Cajas de Compensación y declaró que el tiempo laborado se debe computar para efectos pensionales.

1.2.6. Al no haberse reconocido el pago de la sanción moratoria en el fallo de primera instancia la señora Martínez Pinzón presentó recurso de apelación. A juicio de su apoderada, no existen motivos para exonerar de la sanción moratoria a la entidad demandada quien no puede beneficiarse de su dolo o culpa.

1.2.7. La Sección Segunda, Subsección "B" del Consejo de Estado en sentencia de segunda instancia del dos (2) de octubre de dos mil catorce (2014) , notificada por edicto el veintisiete (27) de enero de dos mil quince (2015), confirmó el fallo de primera instancia.

Para llegar a dicha conclusión la Sección analizó (i) la naturaleza del contrato de prestación de servicios, (ii) el contrato realidad, (iii) la naturaleza de las sentencias y condenas en los contratos realidad, la vinculación de la demandante y, (iv) la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantía.

Señaló que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar la prestación personal del servicio, la remuneración, la subordinación y la dependencia, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

La Sala reiteró que teniendo en cuenta que el derecho surge a partir de la sentencia, no hay lugar a la aplicación de disposiciones de carácter sancionatorio respecto de la morosidad en el pago de las prestaciones reclamadas, por cuanto ésta empieza a contarse a partir de la ejecutoria de la providencia.

1.2.8. Con base en lo anterior, el quince (15) de julio de dos mil quince (2015), la señora Martínez Pinzón interpuso acción de tutela, con la finalidad de que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad, al trabajo y a la seguridad social, por considerar que el Consejo de Estado se abstuvo de ordenar el pago de la sanción moratoria, y premió injustificadamente a la Nación – Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) , quien actuando de mala fe, disfrazó la relación laboral que sostuvo con ella durante poco más de cinco años.

Señaló que es inaceptable el criterio según el cual "la existencia de la relación surge con la declaración de la sentencia", pues en la realidad dicha relación ya existía y, lo que hizo el fallo fue solo reconocerla, no declararla y, mucho menos, constituirla o crearla; por lo tanto el asunto gira en torno a una sentencia declarativa y no constitutiva.

Considera que lo resuelto por la autoridad judicial en su providencia constituye una grave afectación a las garantías constitucionales, en la medida en que no puede concebirse que la providencia sea constitutiva del derecho teniendo en cuenta que la misma no hace que nazca la relación laboral sino que la declara con efectos retroactivos.

1.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA 1.3.1. Mediante auto del diecisiete (17) de julio de dos mil quince (2015), la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la solicitud de amparo, ordenó la notificación de rigor y libró comunicación a la autoridad judicial accionada para que en el término de dos (2) días contados a partir del recibo de la comunicación se pronunciara sobre los hechos de la acción de tutela.

A su vez, ordenó vincular a la Sección Segunda, Subsección "F" en Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y a la Nación – Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), como terceros interesados en las resultas del proceso, para que en el término de dos (2) días rindieran informe sobre los hechos objeto de la acción de tutela.

1.3.1.1. Nación – Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) Mediante documento del cinco (5) de agosto de dos mil quince (2015), el apoderado de la Nación - Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG se opuso a la prosperidad de la acción de tutela.

Indicó que la jurisprudencia constitucional ha sostenido "que salvo en aquellos casos en que se haya incurrido en una vía de hecho, la acción de tutela no procede contra providencias judiciales" es decir, que no cualquier actuación judicial puede ser objeto de control por parte del juez de tutela, sino solo aquellas que supongan una decisión arbitraria o irrazonable; de lo contrario deberá respetarse la decisión del juez natural, permitiendo el legítimo espacio de deliberación y disentimiento judicial.

Sostiene que la acción de tutela contra providencias judiciales debe cumplir con algunos requisitos de procedibilidad, entre ellos: (i) que el tema sujeto a discusión sea de evidente relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios (ordinarios y extraordinarios) de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable o de un sujeto de especial protección que no fue bien representado; (iii) que se cumpla el requisito de inmediatez, (iv) que se haga claridad en que la irregularidad alegada tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora y; (v) que se identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal situación en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

Señala que el asunto objeto de la acción de tutela no es de relevancia constitucional, que lo que buscaba la accionante era abrir el debate mediante una tercera instancia y que de los hechos se podía extraer que la peticionaria no se encontraba ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Por otra parte, señaló que las sentencias proferidas dentro del proceso contencioso administrativo no se enmarcan en ninguno de los defectos o causales específicas de procedibilidad.

Manifiesta que la actora dentro del ejercicio de carga argumentativa a fin de demostrar la existencia de un derecho constitucional presuntamente violado no expone de manera clara, de forma cierta y expresa por qué la cuestión es genuinamente un asunto de relevancia constitucional que afecta algún derecho fundamental, sino por el contrario lo que se pretende es crear una tercera instancia, ya que no está de acuerdo con el análisis hecho por parte del Tribunal y el Consejo de Estado, el cual se sustenta en las normas aplicables, y de la interpretación que de las mismas se ha dado por parte de la jurisprudencia.

Aunado a lo anterior, expone que tampoco existe un perjuicio irremediable que amerite un juicio de tutela, toda vez que no se evidencia que la decisión adoptada por el juez administrativo en primera y segunda instancia genere un daño que se

deteriore irreversible hasta el punto en que ya no puede ser recuperado en su integridad, es decir, no existe un perjuicio que implique la adopción de medidas urgentes para su supresión. En consecuencia, relató que las decisiones adoptadas se dieron en el marco de las normas y luego de realizar procesos interpretativos que respetaron los precedentes del Consejo de Estado para los temas analizados.

Finalmente, desarrolla la posición del Consejo de Estado respecto al carácter constitutivo de la sentencia en materia de derechos laborales derivados de contratos realidad; precisando que no se está frente a una falta de valoración de pruebas o actuaciones arbitrarias que puedan considerarse como una vía de hecho, simplemente es una interpretación de la ley por parte de quien está investido constitucionalmente para interpretarla y administrarla.

1.3.1.2. Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda, - Subsección “F” en descongestión. Indicó que la acción de amparo no tiene como fin revivir términos ni constituye una nueva instancia dentro de un proceso, más aún, cuando la persona que se considera afectada ha tenido la oportunidad de disponer de los recursos de ley.

Arguye que los motivos por los cuales el Consejo de Estado negó la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantía, están sustentados en el hecho de que el derecho prestacional sólo nace con la ejecutoria de la sentencia que declaró la existencia de la relación laboral, por lo que “no hay lugar a la aplicación de disposiciones de carácter sancionatorio respecto de la morosidad en el pago de las prestaciones reclamadas, por cuanto ésta empieza a contarse a partir de la ejecutoria de la providencia”; argumento que ha sido sostenido a lo largo de la jurisprudencia contenciosa administrativa.

Finalmente, manifiesta que no se configura ninguno de los defectos indicados, en cuanto la providencia fue proferida por funcionarios competentes, con acatamiento al procedimiento establecido para esa clase de actuaciones, aplicando el supuesto legal que sirvió de fundamento a la decisión, de acuerdo al acervo probatorio allegado al expediente, sin que se presente contradicción entre los fundamentos de la decisión y la sentencia misma, aunado que no se está frente a un error inducido, la decisión fue ampliamente motivada con fundamentos de hecho y de derecho y, no se presentó desconocimiento del precedente constitucional.

1.4. PRUEBAS DOCUMENTALES En el trámite de la acción de amparo se aportó, entre otras, las siguientes pruebas relevantes: 1.4.1. Copia del derecho de petición presentado por la señora Martha Patricia Martínez Pinzón ante la Nación – Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), encaminado a obtener el reconocimiento de la relación contractual y el pago de todas las prestaciones dejadas de percibir, así como la indemnización moratoria correspondiente [2] .

1.4.2. Copia del Oficio No. S-2008-002116 del diecisiete (17) de julio de dos mil ocho (2008), proferido por la Nación – Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), mediante el cual se le da respuesta negativa a la solicitud hecha por la accionante [3] .

1.4.3. Copia de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por la señora Martha Patricia Martínez Pinzón contra la Nación - Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas [4] .

1.4.4. Copia de la Sentencia proferida el veinticuatro (24) de abril de dos mil doce (2012), dentro del expediente radicado con el número 2008-01034-01 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “F” en descongestión [5] .

1.4.5. Copia del recurso de apelación presentado por la apoderada de la señora Martha Patricia Martínez Pinzón, contra la sentencia del veinticuatro (24) de abril de dos mil doce (2012) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en descongestión [6] .

1.4.6. Copia de la Sentencia del dos (2) de octubre de dos mil catorce (2014), proferida por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, notificada en edicto del veintisiete (27) de enero de dos mil quince (2015), mediante la cual se resolvió el recurso de apelación impetrado contra la Sentencia del veinticuatro (24) de abril de dos mil doce (2012), emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en descongestión.

[7] . 2. DECISIONES DE INSTANCIA 2.1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA – CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA. Mediante fallo del dieciséis (16) de diciembre de dos mil quince (2015), la Sección Cuarta del Consejo de Estado declaró improcedente el amparo solicitado, argumentando que "(…) tanto la sentencia del Tribunal como la del Consejo de Estado son declarativas (…) la exigencia de la relación laboral surge con la declaración en las providencias judiciales, por consiguiente, los derechos se tornan exigibles a partir de la declaratoria de estas, sin importar que los hechos que generaron la declaración hayan sucedido con anterioridad" .

De igual manera sostuvo que la sanción moratoria no es exigible cuando la obligación de cancelar a título de indemnización las prestaciones sociales para la administración surge por vía jurisdiccional.

Respecto a la existencia de un defecto en las providencias proferidas por las autoridades judiciales accionadas, manifestó que no hay evidencia de que la decisión judicial objeto de tutela hubiera comprometido los contenidos constitucionalmente protegidos del derecho al debido proceso que ameriten la intervención del juez constitucional, en la medida en que no se trata de proveídos absolutamente caprichosos, arbitrarios o carentes de justificación o motivación jurídica o que conduzcan a la inexistencia de defensa y contradicción dentro del proceso, teniendo en cuenta que la accionante tuvo a su disposición y utilizó los medios de defensa establecidos por el legislador para controvertir las decisiones atacadas ahora por vía de tutela.

Agregó que los jueces administrativos son los jueces naturales en los procesos de la jurisdicción contencioso administrativa y que la discrepancia razonable de interpretación de las normas no supone violación a los derechos fundamentales y, en consecuencia, no puede ser discutida por vía de acción de tutela.

Concluyó que no existe un motivo justificado que configure una de las causales especiales que hacen procedente de manera excepcional la acción de tutela contra providencias judiciales; por el contrario, lo que se pretende es revivir discusiones debidamente resueltas por el juez natural.

2.2. IMPUGNACIÓN De conformidad con el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, la señora Martha Patricia Martínez Pinzón por intermedio de su apoderada, impugnó el fallo de tutela. Como argumento señaló que la decisión de eximir del pago de la sanción moratoria es una invitación al Estado a evadir el cumplimiento de la ley laboral, que genera no solo un daño individual, sino un daño social.

Como fundamento de su inconformidad, la accionante sostuvo que: "el rigor hermenéutico laboral en esta materia es ineludible, (…) como lo dijo la Corte Constitucional en la Sentencia T-446 de 2013 al establecer que constituye una desafortunada interpretación de los jueces, tanto de la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia como de los principios constitucionales entre los cuales cabe destacar el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, la primacía del derecho sustantivo sobre las formas jurídicas, cláusulas que deben ser interpretadas a la luz del principio pro homine (…)".

Señaló que la decisión tutelada al liberar injustamente a la entidad del pago de la sanción moratoria resulta totalmente tolerante e invita al Estado a evadir el cumplimiento de la ley laboral disfrazando las verdaderas relaciones laborales para que de esa manera, como beneficiarias del trabajo humano, aprovechen la necesidad del trabajador dependiente para imponerle condiciones que lo perjudican inmediatamente y que afectarán el legítimo disfrute de sus derechos laborales reconocidos por la ley y su seguridad frente al riesgo de la vejez, con grave daño no sólo al individuo sino social,

máxime cuando es evidente e innegable la intensión de la entidad demandada de desconocer la realidad de una relación laboral, lo que revela una conducta tendiente a evadir el cumplimiento de la ley laboral y por consiguiente la imposición de las sanciones legales como la moratoria.

Con base en lo anterior, la tutelante solicitó que se declare la procedencia de la presente acción constitucional y por ende, el amparo de sus derechos fundamentales.

2.4. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA – CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA. Mediante fallo del doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015), la Sección Quinta del Consejo de Estado confirmó la sentencia atacada, aduciendo que no concurren los presupuestos exigidos para conceder el amparo constitucional pues las providencias enjuiciadas están enmarcadas dentro del principio de autonomía judicial.

En este orden de ideas, advierte el fallador de segunda instancia que la decisión tomada en la Sentencia del dos (2) de octubre de dos mil catorce (2014) por la Sección Segunda, Subsección “B” del Consejo de Estado, demuestra razonabilidad y coherencia con la jurisprudencia de esa Corporación relativa al contrato realidad y al pago de prestaciones que se pueden causar con ocasión de este.

En el mismo sentido, manifestó que reabrir el debate y revivir interpretaciones que son propias del juez natural escapa a las competencias del juez de tutela.

De no ser así, la acción de amparo dejaría de ser un mecanismo residual y de procedencia excepcional cuando se intenta contra providencias judiciales.

Finalmente, precisó que no se le puede atribuir arbitrariedad o capricho al juez ordinario, más aun, cuando la interpretación y aplicación del derecho por parte de esas autoridades judiciales ha estado en todo momento acorde al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia del Consejo de Estado, máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL 3.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD. La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO. En el asunto de la referencia, corresponde a esta Sala establecer si la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, mediante Sentencias del dos (2) de octubre de dos mil catorce (2014) y veinticuatro (24) de abril de dos mil doce (2012), respectivamente, vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad de la señora Martha Patricia Martínez Pinzón , al negarle la sanción moratoria por el pago tardío de las prestaciones sociales y en la consignación de las cesantías, conforme lo dispone el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, con el argumento de que para la actora el derecho prestacional únicamente nació con la ejecutoria de la sentencia que dio por existente la relación laboral entre la accionante y la Nación – Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG).

Para resolver este problema jurídico, la Sala analizará: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales;

(ii) los requisitos generales y especiales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; (iii) defecto material o sustantivo como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales;

(iv) violación directa de la Constitución como requisito específico de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial; (v) defecto fáctico por omitir y valorar defectuosamente el material probatorio;

(vi) parámetros jurisprudenciales respecto del denominado contrato realidad; (vii) auxilio de cesantías y; (viii) mora en la consignación y pago del auxilio de cesantías y;

(ix) el caso concreto. 3.2.1. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA. La procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales es un tema que ha sido abordado por esta Corporación en múltiples ocasiones, por lo que la Sala repasará las premisas en que se fundamenta esta posibilidad, y las reglas establecidas para el examen de procedibilidad en un caso concreto.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-543 de 1992 [8] , declaró la inexequibilidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 referidos a la caducidad y competencia especial de la tutela frente a providencias judiciales, por considerar que contrariaban principios constitucionales de gran valía como la autonomía judicial, la desconcentración de la administración de justicia y la seguridad jurídica.

No obstante, reconoció que las autoridades judiciales a través de sus sentencias pueden desconocer derechos fundamentales, por lo cual admitió como única excepción para que procediera el amparo tutelar, que la autoridad hubiese incurrido en lo que denominó una vía de hecho.

A partir de este precedente, la Corte construyó una línea jurisprudencial sobre el tema, y determinó progresivamente los defectos que configuraban una vía de hecho.

Por ejemplo, en la Sentencia T-231 de 1994 , la Corte dijo: “ Si este comportamiento - abultadamente deformado respecto del postulado en la norma - se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental), esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial” [9] .

En virtud de esta línea jurisprudencial, se ha subrayado que todo el ordenamiento jurídico debe sujetarse a lo dispuesto por la Constitución en razón a lo consagrado en el artículo 4 de la Carta Fundamental. Además, se ha indicado que uno de los efectos del principio de Estado Social de Derecho en el orden normativo está referido a que los jueces, en sus providencias, definitivamente están obligados a respetar los derechos fundamentales.

Por un amplio periodo de tiempo, la Corte Constitucional decantó de la anterior manera el concepto de vía de hecho. Posteriormente, un análisis de la evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacían viable la acción de tutela contra providencias judiciales llevó a concluir que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales, y que, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente una decisión arbitraria y caprichosa del juez , era más adecuado utilizar el concepto de causales específicas de procedibilidad de la acción que el de vía de hecho .

Con el fin de orientar a los jueces constitucionales y determinar unos parámetros uniformes que permitieran establecer en qué eventos es procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en las Sentencias C-590 de 2005 [10] y SU-913 de 2009 [11] , sistematizó y unificó los requisitos de procedencia y las razones o causales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Actualmente no “ (…) sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos

casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad)" [12] .

De esta forma, la Corte ha distinguido, en primer lugar , unos requisitos de orden procesal de carácter general [13] orientados a asegurar, entre otros, el principio de subsidiariedad de la tutela - requisitos de procedencia - y, en segundo lugar, unos de carácter específico [14] , centrados en los defectos de las actuaciones judiciales en sí mismas consideradas que desconocen derechos fundamentales -requisitos de procedibilidad- .

3.2.2. REQUISITOS GENERALES Y ESPECIALES DE PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. De conformidad con lo expuesto, la Corte, en la Sentencia C-590 del 2005 [15] , hizo alusión a los requisitos generales y especiales para la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Sobre los requisitos generales de procedencia estableció:

"Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes: a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones [16] .

En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable [17] .

De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos.

De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración [18] .

De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora [19] .

No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible [20] .

Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de

la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela [21] . Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas." [22] De igual forma, en la Sentencia C-590 del 2005, además de los requisitos generales, se señalaron las causales de procedibilidad especiales o materiales del amparo tutelar contra las decisiones judiciales. Estas son:

"…Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales [23] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado [24] .

h. Violación directa de la Constitución. Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales." [25] Siempre que concurran los requisitos generales y, por lo menos, una de las causales específicas de procedibilidad contra las providencias judiciales, es procedente ejercitar la acción de tutela como mecanismo excepcional por vulneración de derechos fundamentales.

3.2.3. EL DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECÍFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. El defecto sustantivo aparece, cuando la autoridad judicial desconoce las disposiciones de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado. Específicamente, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo cuando la autoridad jurisdiccional (i) aplica una disposición en el caso, que perdió vigencia por cualquiera de la razones previstas por la normativa, por ejemplo, su inexequibilidad;

(ii) aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso, por ejemplo porque el supuesto de hecho del que se ocupa no tiene conexidad material con los presupuestos del caso;

(iii) a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, realiza una interpretación contraevidente -interpretación contra legem - o claramente irrazonable o desproporcionada;

(iv) se aparta del precedente judicial –horizontal o vertical- sin justificación suficiente; (v) omite motivar su decisión o la motiva de manera insuficiente; o (vi) se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso [26] .

Este acápite se concentrará en analizar la jurisprudencia constitucional sobre el defecto sustantivo en la modalidad de insuficiencia en la motivación de la decisión.

En la Sentencia T-233 de 2007 [27] , se estableció que la ausencia de motivación se estructura solo cuando la argumentación realizada por el juez, en la parte resolutiva del fallo, resulta defectuosa, abiertamente insuficiente o inexistente. La anterior decisión fue tomada con base en el principio de autonomía judicial, el cual impide que el juez de tutela interceda frente a controversias de interpretación. Por lo tanto, la competencia del juez de tutela, solo podrá activarse en casos específicos en donde se evidencie que la falta de argumentación decisoria, convierta la providencia en un mero acto de voluntad del juez.

Como conclusión, debe tenerse en cuenta que la falta de motivación, como causal de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, tiene como finalidad proteger los derechos de los ciudadanos de obtener respuestas razonadas de la administración de justicia, permitiendo de esta manera, ejercer efectivamente el derecho de contradicción.

Por lo tanto, el juez de tutela debe tener en cuenta, que la falta de motivación de una decisión judicial, supone una clara vulneración al derecho del debido proceso ya que existe un deber en cabeza de los funcionarios judiciales, el cual tiene que presentar las razones fácticas y jurídicas que sustentan el fallo, acción que se genera en virtud de un principio base de la función judicial.

Asimismo, la Sentencia T-261 de 2013 [28] resaltó la importancia que tiene la argumentación y motivación de los fallos judiciales dentro de los fines del Estado de Derecho, por cuanto la inexistencia de motivación en las decisiones de los jueces se transformó en una causal autónoma para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, luego de haber sido valorada como una hipótesis de defecto material o sustantivo.

De igual manera, en la misma decisión, se reiteró la posición adoptada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-590 de 2005 en la cual se señaló que las decisiones que no cuenten con la debida motivación constituyen un vicio que permite que la acción de tutela proceda en contra de sentencias, y que adicionalmente está relacionado con la legitimidad del actuar de los jueces ya que tienen que dar cuenta de los hechos y de los fundamentos de derecho que sustentan sus decisiones.

En este pronunciamiento se determinó que la jurisprudencia había indicado los supuestos que permiten establecer que se presenta un defecto de esta naturaleza, y señaló dos casos específicos:

(a) si se evidencia que existe una contradicción manifiesta entre la decisión y los fundamentos empleados para proferir la misma, y (b) que el juez haya utilizado normas inconstitucionales o inexistentes. Así mismo contempló dos casos adicionales que pueden ser calificados como defectos sustantivos:

(i) desconocer sentencias proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa y constitucional con efectos erga omnes y (ii) efectuar una interpretación judicial irrazonable.

También se sostuvo que el defecto sustantivo se ocasiona en aquellos eventos donde la decisión no sigue al régimen jurídico que rige al caso y se dejó en claro que la necesidad de motivación no implica que se cuestione la pertinencia o validez de los argumentos que expone el juez ordinario.

El amplio margen de configuración que la Carta Política les reconoce a las autoridades judiciales tiene como límite el principio de legalidad, cuyo acatamiento protege la seguridad jurídica al impedir que las decisiones de los administradores de justicia sean absolutamente discrecionales. De ahí que, frente a providencias fundadas en un ejercicio interpretativo absolutamente irrazonable, la acción de tutela se erija como el remedio constitucional idóneo para salvaguardar los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.

Posteriormente, mediante Sentencia T-267 de 2013 [29] se reiteró que el defecto sustantivo s e genera cuando (i) la providencia judicial presenta problemas por una sustentación insuficiente o cuando la justificación de lo actuado afecte derechos fundamentales; o, (ii) si se desconoce el precedente judicial sin que se presente una argumentación razonable mínima de donde se pueda inferir una decisión diferente si se hubiese seguido la jurisprudencia, entre otros.

En la misma providencia, al referirse a la necesidad de argumentar las decisiones de manera suficiente, la Corte recordó lo expresado en la Sentencia T-1130 de 2003 [30] ya que en esta decisión se consagraron una serie de requisitos mínimos de naturaleza hermenéutica que a pesar de limitar la autonomía del juez, garantizaban el carácter público, objetivo y justo de un fallo judicial, por cuanto se exigía que la decisión tenía que ser “ razonable” pues debía argumentar de manera suficiente la conclusión a la que había llegado y que la misma estuviera en concordancia con la norma que se le había aplicado al caso específico. De lo contrario, se efectuaría un ejercicio hermenéutico erróneo en donde se incluyen solo “las simples inclinaciones o prejuicios de quien debe resolver el asunto” [31] .

De esta manera, se entendió que la acción de tutela procede frente a decisiones judiciales en los casos donde se presente una argumentación insuficiente, defectuosa o inexistente que hace que la misma sea considerada como arbitraria.

[32] La Sentencia SU-918 de 2013 [33] , desarrolló el concepto de defecto sustantivo como causal de procedibilidad para la interposición de la acción de tutela en contra de providencias judiciales.

Al respecto resaltó que este defecto se configura cuando la autoridad judicial respectiva, desconoce las normas de rango legal o infralegal aplicables a un caso determinado. La anterior situación toma lugar en cuatro ocasiones:

1. cuando existe una absoluta inadvertencia de la norma; 2. en el momento en que da una inaplicación indebida de la norma; 3. cuando se genera una grave interpretación y finalmente;

4. por el desconocimiento del precedente jurisprudencial de las sentencias que tienen carácter erga omnes . En este sentido, a pesar de que los jueces de la Republica cuenten con autonomía e independencia judicial para interpretar y aplicar las normas jurídicas, esta facultad no resulta ser absoluta, en cuanto la administración de justicia se encuentra limitada por el orden jurídico prestablecido, en el que prevalecen los valores, principios, derechos y garantías característicos del Estado Social de Derecho.

Finalmente, el defecto sustantivo también se constituye cuando la interpretación de la norma es incompatible con las circunstancias fácticas, lo que conlleva a que la decisión tomada por el juez resulte irrazonable.

En la Sentencia T-832A de 2013 [34] , se reiteró la posición de esta alta Corporación, respecto de la ausencia de motivación en la decisión judicial como una causal de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales. La Corte insistió en la necesidad de que las decisiones de los jueces de la República se tomen con base en el marco jurídico aplicable en el caso concreto, al igual que en los supuestos fácticos objeto de estudio.

De conformidad con lo anterior, la falta de motivación en la decisión judicial, resulta siendo una causal independiente de procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales después de haber sido valorada, en diferentes

ocasiones, como una hipótesis del defecto sustantivo o material.

Cabe resaltar, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que el sistema interamericano y el europeo consagran disposiciones que desarrollan garantías procesales establecidas en beneficio de los acusados ya que los Estados están convencidos de que los derechos humanos se protegen eficazmente si además de observar los derechos sustanciales, se consagran y cumplen las garantías procesales que los aseguran.

[35] De esta manera, la Comisión, ha indicado que la motivación de las sentencias se refiere a la exposición de los fundamentos fácticos y jurídicos en los que se basa la decisión, manifestando los motivos por los cuales se admite o inadmite la demanda, y porque se acoge o no la pretensión.

[36] En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha indicado que la motivación de las sentencias “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión” [37] , y además se estableció que una debida motivación judicial constituye una garantía que está íntimamente relacionada con la administración de justicia.

[38] Para la Corte IDH la exigencia de motivación es tan importante que no se limita exclusivamente a las decisiones judiciales, sino que se extiende a cualquier tipo de decisión. En efecto “La Corte ha establecido que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias .” [39] Igualmente, ha reiterado que las decisiones judiciales deben contar con unas consideraciones suficientes para no ser arbitrarias y que además deben tener en cuenta los alegatos de las partes y analizar el conjunto del material probatorio que se presente.

[40] En consecuencia, se tiene que el deber de motivación de los fallos de los jueces se constituye en una de las “debidas garantías” que consagra el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

[41] Ese fue el alcance que la Corte Interamericana le dio a la falta de debida motivación en la inadmisión de una apelación en Chile, al establecer que:

“ Asimismo, la Corte concluye que la referida decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago que declaró inadmisible el recurso de protección no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada, por lo que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de Marcel Claude Reyes, Arturo Longton Guerrero y Sebastián Cox Urrejola.

” [42] Respecto del alcance de la obligación de motivar la decisión judicial, la Corte Interamericana ha explicado que ella es útil para demostrar que ha existido una valoración y ponderación de los argumentos y pruebas expuestas de forma que se garantice y evidencie que la decisión es legal y no es el fruto de arbitrariedades. Al respecto sostuvo el alto tribunal:

Las decisiones (judiciales) deben exponer, a través de una argumentación racional, los motivos en los cuales se fundan, teniendo en cuenta los alegatos y el acervo probatorio aportado a los autos. El deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento señalado en las peticiones, sino puede variar según la naturaleza de la decisión. Corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha. En los procedimientos cuya naturaleza jurídica exija que la decisión sea emitida sin audiencia de la otra parte, la motivación y fundamentación deben demostrar que han sido ponderados todos los requisitos legales y demás elementos que justifican la concesión o la negativa de la medida. De ese modo, el libre convencimiento del juez debe ser ejercido respetándose las garantías adecuadas y efectivas contra posibles ilegalidades y arbitrariedades en el procedimiento en cuestión.

[43] De conformidad con lo anterior, se tiene que el defecto sustantivo surge de la importancia que tiene una argumentación suficiente y motivada por parte de los jueces dentro de las sentencias que profieren, convirtiéndose en

una causal autónoma de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial. Lo anterior, por cuanto se cumple con la obligación de que los fallos judiciales deben ser públicos, y las decisiones serán objetivas y justas.

3.2.4. VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN COMO REQUISITO ESPECÍFICO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES Se ha indicado que este tipo de defecto se genera si una decisión judicial desconoce los mandatos de la Constitución. Esta Corporación mediante Sentencia T-352 de 2012 [44] recordó que el defecto por violación directa de la Constitución fue considerado en principio como uno de carácter sustantivo [45] .

De igual manera, adujo que mediante la Sentencia T-949 de 2003 [46] la Corte le otorgó autonomía e independencia [47] al defecto que se señala pues en esa oportunidad se revisó una acción de tutela contra sentencias penales mediante las cuales se condenó de manera errónea a una persona como consecuencia de una suplantación, en ese pronunciamiento esta Corporación reiteró su jurisprudencia frente a los defectos fáctico, sustantivo, orgánico y procedimental, y adicionalmente incluyó el derivado del desconocimiento de una norma constitucional que aplicable en el caso concreto [48] .

Posteriormente, mediante Sentencia C-590 de 2005 [49] esta Corporación reiteró la inclusión del defecto por violación directa de la Constitución como causal de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial [50] .

En dicha decisión, la Corte decidió sobre una demanda de inconstitucionalidad contra una disposición del Código de Procedimiento Penal que excluía la presentación de la tutela contra los fallos dictados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

[51] Posteriormente, en la Sentencia T-888 de 2010 [52] esta Corte indicó que el desconocimiento a la Constitución puede presentarse en diversos eventos [53] :

" el desconocimiento del Estatuto Superior se puede dar, al menos, en dos clases de casos: (i) cuando las reglas o los principios que deben ser extraídos de su texto son por completo desobedecidos y no son tomados en cuenta, en el razonamiento jurídico (ni explícita ni implícitamente), o (ii) cuando las reglas y los principios constitucionales son tomados en cuenta al menos implícitamente, pero a sus prescripciones se les da un alcance insuficiente.

(i) En efecto, la manera más evidente de desconocer la Constitución es desatender por completo lo que dispone, al punto incluso de ni siquiera tener en cuenta sus prescripciones más elevadas en el razonamiento jurídico. Es el caso de una providencia que interpretara que todo cuanto debe verificarse para determinar si una relación es laboral, son las formalidades establecidas por los sujetos jurídicos envueltos en el conflicto, y nada más. En este último caso, se ignoraría por completo que la Constitución prescribe, en el artículo 53, concederle primacía a la realidad sobre las formas estipuladas por los sujetos de la relación laboral. De modo que una primera, y elemental, obligación de los jueces de la República es la de tomar posición frente a la realidad conforme a lo que proclaman las reglas y los principios establecidos en la Constitución.

(ii) Esa no es, sin embargo, la única exigencia derivada del carácter normativo de la Constitución. Es necesario, conforme a ella, que el intérprete tome en cuenta sus mandatos, prohibiciones y permisos, pero no basta con que les asigne cualquier grado de eficacia. Aunque las reglas y los principios constitucionales pueden, como es generalmente aceptado, entrar en conflicto con otras normas constitucionales, la forma de resolver esos conflictos y, especialmente, los resultados de esa resolución no son asuntos ajenos ni al carácter normativo ni a la supremacía de la Constitución. Al contrario, por una parte, el carácter normativo de la Constitución exige que todas sus normas sean optimizadas y, por otra, la supremacía demanda que todas aquellas normas infra constitucionales que satisfagan un derecho fundamental en grados inferiores al que sería óptimo, sean consideradas inválidas. Lo cual quiere decir que no cualquier grado de cumplimiento es legítimo, sino sólo el nivel de cumplimiento más alto posible (el óptimo). De modo que si, por causa de

un conflicto entre normas, un derecho fundamental no puede ser satisfecho total y plenamente, quien está llamado a resolver el conflicto no queda excusado de satisfacerlo en la mayor medida posible. En consecuencia, la Constitución misma obliga al juez a verificar si el conflicto se resolvió de tal manera que los principios en disputa se satisficieron en la mayor medida posible, o si uno de ellos fue sacrificado más allá de lo que era necesario y proporcionado".

[54] De igual manera, la Sentencia T-967 de 2014 [55] ha establecido que la acción de tutela procede contra providencias judiciales por violación directa de la constitución gracias a la fuerza normativa de la Carta, ya que se contemplan los casos en que una sentencia judicial desconozca o no aplique de manera debida o razonable los postulados constitucionales.

[56] Al respecto, esta Corporación ha indicado que el defecto por violación directa de la Constitución se presenta si el juez al decidir sobre un caso :

[57] "(i) deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto; o (ii) aplica la ley al margen de los dictado s de la Constitución" [58] . En el mismo sentido, se ha establecido la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales por violación directa de la Constitución, si se está ante las siguientes situaciones [59] :

"a) en la solución del caso se deja de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional [60] ; b) se trata de la violación evidente a un derecho fundamental de aplicación inmediata ;

c) los jueces, con sus fallos, vulneran derechos fundamentales porque no tienen en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución [61] ; y d) si el juez encuentra, deduce o se le interpela sobre una norma incompatible con la Constitución, y no aplica las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales (excepción de inconstitucionalidad) [62] ." [63] En el mismo sentido, la Sentencia T-209 de 2015 [64] señaló que el defecto por violación directa de la Constitución no necesariamente tiene que constituirse como una trasgresión burda a la Carta, sino que se deben evidenciar decisiones ilegítimas que vulneren derechos fundamentales.

[65] Igualmente se indicó que tal defecto tenía origen en la obligación de las autoridades de garantizar el cumplimiento del artículo 4º Superior [66] de acuerdo con el cual "la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales" .

Así las cosas, la Sala encuentra que existe violación directa de la Constitución cuando el juez ordinario toma una decisión que desconoce o desobedece los principios y las garantías consagrados en el Ordenamiento Superior, o cuando dichas reglas o principios son tomados en cuenta, pero se les da un alcance insuficiente. En efecto, debido al actual modelo de ordenamiento constitucional, que reconoce valor normativo a los preceptos superiores, resulta factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados [67] .

3.2.5. DEFECTO FÁCTICO POR OMITIR Y VALORAR DEFECTUOSAMENTE EL MATERIAL PROBATORIO. El defecto fáctico se presenta en los eventos en que el juez no tiene el apoyo probatorio suficiente para aplicar el supuesto legal en el que sustenta la decisión [68] .

De tal manera, esta Corte ha señalado que el defecto fáctico " [s]e estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. (…) el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales." [69] La Corte Constitucional estableció ya en su jurisprudencia las varias modalidades en que puede presentarse este defecto que pueden resumirse en dos dimensiones, positiva y negativa. La positiva se refiere a las acciones valorativas o acciones

inadecuadas que el juez hace sobre las pruebas, y la negativa hace referencia a las omisiones del decreto, práctica o en la valoración de las mismas [70] .

En la Sentencia T-102 de 2006 [71] , la Sala Séptima de Revisión afirmó lo siguiente: “La Corte ha identificado dos dimensiones en las que se presentan defectos fácticos: Una dimensión negativa que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. Y una dimensión positiva, que se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión, y de esta manera vulnere la Constitución”.

También la jurisprudencia Constitucional ha precisado que en la circunstancia de alegarse la posible existencia de un defecto fáctico, el juez de tutela debe restringirse a un ámbito muy limitado de análisis ya que no puede dejar de lado la discrecionalidad y autonomía judicial cobijadas por la sana crítica del juez ordinario. En palabras de la Corte:

“la intervención del juez de tutela, en relación con el manejo dado por el juez natural al material probatorio es extremadamente reducida, pues el respeto por los principios de autonomía judicial, juez natural, e inmediación, impide que el juez constitucional realice un examen exhaustivo del material probatorio” [72] .

No obstante, el operador judicial ostente un amplio margen de valoración probatoria sobre el cual fundamentará su decisión y formará libremente su convencimiento [73] , “inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (Arts. 187 CPC y 61 CPL)” [74] , esta facultad nunca podrá ser ejercida de manera arbitraria, pues dicha valoración lleva intrínseca “la adopción de criterios objetivos [75] , no simplemente supuestos por el juez, racionales [76] , es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos [77] , esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas.

” [78] Teniendo en cuenta lo anterior, es posible concluir que cuando en el defecto fáctico se habla, por un lado, de la dimensión positiva se pueden presentar dos hipótesis:

(i) por aceptación de prueba ilícita por ilegal o por inconstitucional, y (ii) por dar como probados hechos sin que realmente exista prueba de los mismos; y por otro lado, la dimensión negativa puede dar lugar a tres circunstancias:

(i) por omisión o negación del decreto o la práctica de pruebas determinantes, (ii) por valoración defectuosa del material probatorio y (iii) por omitir la valoración de la prueba y dar por no probado el hecho que emerge claramente de ella [79] .

Descendiendo al caso concreto, la Sala se concentrará en analizar detalladamente las reglas que ha dado la jurisprudencia sobre el defecto fáctico en su dimensión negativa, específicamente por la valoración defectuosa y omisión en la valoración de las pruebas.

La Corte ha sostenido sobre este tema que el defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio allegado al proceso se presenta cuando “el funcionario judicial al momento de valorar la prueba niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa [80] u omite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados [81] y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente [82] . Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez [83] .” [84] Así, tal hipótesis se advierte

cuando el funcionario judicial, “en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva. Ello se presenta en hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto (…)” [85] .

Como ejemplo de lo anterior pueden reseñarse algunos casos. La Sentencia T-949 de 2003 [86] , analizó un caso en el que un juez ordinario decidió un asunto penal sin haber identificado plena y correctamente a la persona sometida al proceso, que se había demostrado había sido suplantada, de tal suerte que la Corte Constitucional concluyó que era del juez decretar las pruebas que considerara pertinentes para lograr identificar al sujeto activo del delito, y que si no las tenía se configuraba un claro defecto fáctico que permitía ordenar al operador competente modificar la decisión judicial.

Sobre el mismo tema, la Sentencia T-554 de 2003 [87] , dejó sin efectos la decisión de un fiscal que ordenó la preclusión de una investigación penal sin practicar un dictamen de Medicina Legal que era necesario para determinar si una menor de edad había sido víctima del delito sexual que se le imputaba al sindicado. En esta oportunidad, la Corte señaló que, “(…) la funcionaria judicial al momento de calificar el mérito del sumario seguido contra el señor incurrió en un defecto fáctico. El vicio por defecto fáctico se configura cuando no existe el sustento probatorio necesario para adoptar la decisión, por la falta de apreciación del material probatorio anexado al expediente o, simplemente, por un error grave en su valoración. esta providencia judicial, además de configurar un acto de discriminación contra los menores, constituye una flagrante vía de hecho por defecto fáctico por cuanto se falló sin que se hubiera practicado una prueba que resulta esencial para dilucidar un punto controversial del proceso; no se realizó una valoración conjunta de todas las pruebas; los indicios no fueron tomados en consideración;

se presumió de falsa, sin más, la declaración de la víctima, y en últimas, se aplicó indebidamente el principio del in dubio pro reo cuando quiera que el Estado no había tomado todas las medidas que estaban a su alcance para llegar a la verdad de los hechos”.

En el mismo sentido, en la Sentencia T-458 de 2007 [88] se analizó la acción interpuesta contra una decisión emitida por una jueza de menores en la que decidía la cesación del procedimiento en una investigación por un supuesto delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir y cuya presunta víctima era una menor de edad. Estimó la Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte que la sentencia atacada en sede de tutela adolecía del defecto fáctico de indebida valoración probatoria porque desconocía el alcance de un dictamen pericial rendido dentro del proceso. Específicamente, consideró la Corte que:

“ En general, la admisión y práctica de pruebas en el proceso penal está librada a la apreciación racional que haga el funcionario responsable de la investigación penal sobre su potencialidad para aclarar lo ocurrido y la responsabilidad de los implicados. Sin embargo, ese ejercicio discrecional debe enmarcarse tanto dentro de los principios constitucionales del debido proceso, de la presunción de inocencia y de la imparcialidad y del derecho de defensa, como del respeto de la dignidad, la integridad y la intimidad de las víctimas. A la vista de los hechos, considera esta Sala que existen ostensibles defectos en el análisis probatorio los cuales constituyen irregularidades de tal magnitud que representan claras vías de hecho. Estima la Corte que la juez de menores no evaluó el material probatorio atendiendo las reglas de la sana crítica y plasmó en su providencia un supuesto diferente al que le ofrecía la evidencia del bloque de pruebas”.

Más recientemente, en la Sentencia T-117 de 2013 [89] , este tribunal estudió la acción de tutela interpuesta por la Fiscalía Seccional de Pereira, la Defensoría de Familia y el representante legal de una menor que presuntamente había sido víctima de abuso sexual por un familiar y que en el proceso penal se había excluido de valoración la entrevista realizada a ella. Las autoridades accionantes, argumentaron que con la decisión de excluir la entrevista de la niña se dejaba sin piso probatorio el proceso penal, impidiendo con ello la garantía del derecho a la verdad, justicia y reparación.

En esta oportunidad, la Corte aplicó la línea jurisprudencial vigente, y formuló las hipótesis en las que podría existir una valoración defectuosa del material probatorio por parte de un juez:

"(…) se tiene que el supuesto fáctico por indebida valoración probatoria se configura, entre otros, en los siguientes supuestos: (i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; (v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso y (vi) cuando no valore pruebas debidamente aportadas en el proceso".

Así las cosas, la valoración equivocada de las pruebas puede dar como resultado varias hipótesis, las cuales deben ser analizadas en cada caso por el juez constitucional. No obstante, teniendo en cuenta las aristas de cada situación, debe comprobarse que el funcionario no sopesó el valor individual o conjunto de todas las pruebas recaudadas en el proceso, concluyendo una solución aparentemente ajustada a derecho, pero que es en el fondo inconstitucional al presentarse irregularidades en su valoración.

En cuanto al defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio , éste se configura cuando el juez, a pesar de tener a su alcance los elementos de prueba allegados al proceso por cada una de las partes, omite valorarlos. La Corte ha manifestado que, "se presenta cuando el funcionario judicial, a pesar de que en el proceso existan elementos probatorios, omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente" [90] .

En la Sentencia T-395 de 2010 [91] , la Sala Séptima de Revisión, estudió el caso de un señor que había sido condenado por el delito de homicidio, sin embargo dentro del proceso penal había testimonios que aseguraban que quien había realmente ocasionado la muerte, carecía de los dientes superiores y además, tenía una cicatriz de quemadura en el rostro, lado derecho que se extendía hasta la mano derecha, características que claramente no ostentaba el accionante. Según el apoderado del actor, a pesar de contar con estos datos, el juez de conocimiento no los tuvo en cuenta al recibir el informe de la Registraduría y omitió verificar la presencia de las características tan específicas del homicida con la tarjeta dactilar del actor, configurándose un defecto fáctico como requisito de procedencia de esta acción de tutela contra la sentencia condenatoria.

En esta oportunidad la Corte concluyó que el trámite adelantado en el marco del proceso penal en contra del accionante, demostraba desde su inicio la evidente deficiencia en el esclarecimiento de los hechos que generaron aquel proceso, específicamente en lo que tenía que ver con la individualización e identificación del sujeto activo del delito investigado. De tal suerte que la Sala relacionó el principio de la presunción de inocencia con el deber del juez de valorar debidamente cada prueba allegada al proceso:

" Lo anterior no significa que la Corte pretenda invadir la órbita de las autoridades judiciales en la función de apreciación autónoma de las pruebas, porque entiende que la determinación de la situación fáctica concreta en cada proceso corresponde al funcionario judicial. Pero en este caso encuentra que no se desplegó actividad probatoria suficiente tendiente a obtener la plena identidad del procesado a pesar de que se advertían irregularidades que ofrecían

notables dudas en relación con la identidad de la persona sindicada, lo que constituye una violación al principio de la presunción de inocencia, como quiera que los jueces solamente pueden resolver con fundamento en pruebas suficientes.

(…) En un Estado Social de Derecho, en el que la efectividad de los principios constitucionales es presupuesto esencial para su realización, las decisiones penales condenatorias deben basarse en pruebas suficientes que no den lugar a dudas razonables, en virtud del derecho a la presunción de inocencia".

En la Sentencia T-113 de 2012 [92] , la Corte señaló que cuando una autoridad simplemente decide no valorar algún elemento sin haber sido controvertido por la contraparte, "está renunciando conscientemente a la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos e [incurre] (i) defecto procedimental por 'exceso ritual manifiesto' al aplicar una formalidad eminentemente procesal, renunciando de manera consciente a la verdad jurídica y objetiva latente en los hechos y (ii) en defecto fáctico por ausencia de valoración probatoria".

De igual forma, en la Sentencia T-316 de 2013 [93] se analizó la acción de tutela presentada contra una sentencia dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que el juez omitió valorar los documentos que demostraban la condición de padre cabeza de familia del actor. Así las cosas, la Sala de Revisión llegó a la conclusión que se había configurado un defecto fáctico por omisión arbitraria en la valoración de las pruebas determinantes a las pretensiones de la demanda.

Como conclusión de lo señalado anteriormente, y con fundamento en lo señalado por la Corte Constitucional, sólo es dable fundamentar una acción de tutela contra una providencia judicial alegando la configuración de un defecto fáctico cuando es posible verificar que la valoración probatoria realizada por el juez del caso, es manifiestamente errónea o arbitraria, ya sea por omitir solicitar o decretar una prueba esencial en el juicio, porque a pesar de encontrarse la prueba dentro del proceso no se valora, o porque a pesar de haber sido examinada se hace de manera defectuosa.

3.2.6. LOS PARÁMETROS JURISPRUDENCIALES RESPECTO DEL DENOMINADO CONTRATO REALIDAD. Reiteración de jurisprudencia. Según el artículo 1495 del Código Civil, el contrato "es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.";

así mismo el Código de Comercio en su artículo 864 lo define como "… un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta", es decir que t odo contrato es ley para las partes independiente de su naturaleza jurídica, incluso los contratos de prestación de servicios, evento en el cual su esencia es la autonomía e independencia del contratista, por lo tanto mientras subsistan dichas características, el contrato no se desconfigura y tampoco tendrá que regirse por las normas laborales.

Ahora bien, respecto del contrato de prestación de servicios, la Ley 80 de 1993, artículo 32, numeral 2º señaló: "Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable" (La Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997 declaró constitucional las partes subrayadas "… salvo que se acredite una relación subordinada") No obstante, en aras de evitar el abuso de esta figura jurídica o modalidad contractual, el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973, dispuso expresamente que "(…), en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto".

Posteriormente, el Legislador en el artículo 17 de la Ley 790 de 2002 [94] prohibió "… celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos ";

y así mismo la Ley 734 de 2002, estableció en el artículo 48 como falta gravísima: "Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales".

Por tanto, el contrato de prestación de servicios surge como tal sí garantiza la autonomía e independencia del contratista y adicionalmente cuando la planta de personal no es suficiente para cumplir los fines propios de la entidad; salvo cuando se requiera de conocimientos especializados. De ahí que sin éstas características el contrato de prestación de servicios pierde su esencia y deja de ser un contrato.

Ahora bien, el artículo 53 de la Constitución consagra el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, del cual surge el concepto de contrato realidad. De este enunciado, se prescriben los principios mínimos fundamentales que deben regir el estatuto del trabajo, los cuales, como lo ha señalado la Corte Constitucional, deben ser interpretados de manera directa con la Carta.

Los elementos mínimos que han de recurrir para estimar configurado un contrato realidad fueron identificados por el Código Sustantivo del Trabajo así:

"ARTÍCULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. Subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. 1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La continuada 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, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y c.

Un salario como retribución del servicio. 2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

ARTICULO 24. PRESUNCION. Modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo".

Así las cosas, no existe duda que los tres (3) elementos esenciales que identifican un contrato de trabajo, son la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación o dependencia; por lo tanto al probarse la existencia de los mismos en un contrato de prestación de servicios se convierte en realidad la presunción legal de la relación de trabajo del contratista como si se tratara de un servidor público y/o trabajador, dependiendo de la calidad del empleador.

Dicha situación no ha sido desconocida por esta Corporación pues desde sus inicios le ha otorgado a la prueba de la subordinación o dependencia el poder de demostrar la existencia de una relación laboral, sin desconocer que los otros elementos - actividad personal y remuneración - se presumen a simple vista en el contrato de prestación de servicios, no obstante, la subordinación no puede confundirse con la coordinación de las actividades del contrato. Al respecto en Sentencia C- 154 de 1997 [95] , se expresó:

"En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza,

como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente." En la Sentencia T-180 de 2000 [96] , esta Corte fijó los requisitos que deben tenerse en cuenta para que se configure una relación laboral, y en la que se precisa que la realidad es aquella que debe primar frente al contrato que se haya suscrito. Al respecto precisó:

"Ahora bien, lo determinante para que se configure la relación laboral y para que nazcan las correspondientes obligaciones en cabeza del patrono es la concreta y real prestación de servicios remunerados en condiciones de dependencia o subordinación.

(…) Por ello, el contrato de trabajo no tiene que constar por escrito, lo cual significa que la existencia jurídica del vínculo laboral no está ligada a documento alguno sino a la relación efectiva. El documento suscrito por las partes solamente sirve para regular con mayor precisión las relaciones recíprocas, laborales y económicas, en un plano de libre y voluntario acuerdo.

Pero, si no lo hay, no por ello desaparece ni se desdibuja el convenio, ni pierden vigencia los derechos de la parte más débil en el mismo -el trabajador- pues las normas constitucionales y legales, que son de orden público, vienen a suplir las estipulaciones contractuales." En efecto, para proceder a la declaración de la existencia real y efectiva de una relación laboral, debe hacerse referencia a los requisitos prescritos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo [97] , subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990, para desarrollar el enunciado constitucional de la prevalencia de la realidad sobre las formas en materia laboral, los cuales la Corte ha subsumido, en los diversos casos en los que ha abordado el tema [98] :

" 1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales: a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La continuada 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, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y un salario como retribución del servicio.

Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

" De lo mencionado, se puede deducir que lo que en realidad debe tenerse en cuenta es la relación efectiva que existe entre trabajador y empleado , y no lo que se encuentre consignado en un contrato, pues lo escrito, puede en ocasiones resultar contrario a la realidad .

De esta manera, un contrato llamado de prestación de servicios, puede esconder una verdadera relación laboral. Además, y como fue señalado en la Sentencia C-1110 de 2001 [99] , el principio de primacía de la realidad sobre las formas implica la garantía de los derechos de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. De esta manera, puede hablarse de la existencia de una relación jerárquica de trabajo cuando la realidad del contexto demuestre que " una persona natural aparece prestando servicios personales bajo continuada subordinación o dependencia a otra persona natural o jurídica ". De ese modo nacen derechos y obligaciones entre las partes, que se ubican en el ámbito de la regulación laboral ordinaria [100] ." En el mismo sentido, en Sentencia T 286 de 2003 [101] ,

esta Corporación amparó los derechos fundamentales de una mujer embarazada que laboraba en el Banco Citibank, mediante intermediación de la Cooperativa de Trabajadores de Colombia, Coodesco, y cuyo contrato fue terminado unilateralmente bajo el argumento de que no había cumplido con las metas del mes. En esa oportunidad, ordenó el reintegro y el pago de los salarios y prestaciones sociales causados y no pagados desde el momento en que fue desvinculada hasta su reintegro, teniendo en cuenta la existencia de una relación laboral atendiendo al principio de primacía de la realidad sobre las formas ; al respecto señaló esta Corte:

“ (…) si bien la actora es asociada de una cooperativa de trabajo asociado, Coodesco, también lo es el hecho de que Coodesco la envió a prestar sus servicios personales en las dependencias del Citibank, lugar donde cumplía un horario y recibía una remuneración por parte de Coodesco. Es decir, en el caso planteado, tuvo lugar una prestación personal del servicio en cabeza de la actora, una subordinación jurídica de la misma frente a Coodesco y una remuneración a cargo de ésta por los servicios personales prestados por la demandante. En otras palabras, se configuró el contrato de trabajo en consonancia con la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal (art. 53 C.P).

” Posteriormente, para reafirmar aún más el principio constitucional de la “ realidad prima sobre las formalidades” en Sentencia T-501 de 2004 [102] , este Alto Tribunal, afirmó que la declaración de la relación laboral, se realiza a partir de indicios, al respecto advirtió:

“(…) se advierte que, si bien los contratos de prestación de servicios excluyen cualquier tipo de relación laboral, es claro que en algunas ocasiones el mismo es utilizado tanto por los empleadores privados como públicos para distraer la configuración de una verdadera relación laboral y el pago consecuente de las prestaciones que se originan en este tipo de relación .

En la misma sentencia también se recuerda que los elementos que configuran la existencia de un contrato de trabajo son el salario, la continua subordinación y la prestación personal del servicio. (Negrilla y subrayado fuera del texto) Así pues, se indica que la noción del contrato realidad conlleva a dar primacía a la estructuración material de los elementos fundamentales de una relación de trabajo, independientemente de la denominación que adopte el empleador para el tipo de contrato que suscriba con el trabajador.

Para tal efecto, se expone que se deben establecer los supuestos fácticos de cada caso concreto para lo cual es necesario acudir a indicios , con base en el contrato realidad, que permitieren inferir la estructuración de una relación laboral .” (Negrilla fuera del texto) Por otro lado, en lo concerniente al análisis que debe realizar el juez en aquellos casos en los cuales pueda declararse el contrato realidad, este Alto Tribunal en Sentencia T-447 de 2008 [103] , estudio el caso de un accionante que se encontraba vinculado a una cooperativa y sufrió una incapacidad de origen no profesional, lo que generó que fuere desvinculado de la empresa, y perdiere su afiliación a la seguridad social. El actor solicitó al juez de tutela que le protegieran sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social [104] .

En esa ocasión la Corte afirmó que: “(…) uno de los postulados desarrollados de manera más prolija en materia laboral por esta Corporación es aquel conocido como el `principio de contrato realidad` o `primacía de la realidad sobre las formalidades.

Como fue señalado en sentencia C-166 de 1997, esta máxima guarda relación con el principio de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 del texto constitucional como uno de los preceptos rectores de la administración de justicia. En desarrollo de esta máxima, corresponde al juez llevar a cabo un atento examen de cada uno de los elementos que rodean la prestación de servicios de manera tal que logre determinar el contenido material de la relación que subyace la pretensión de las partes que se dirigen a la autoridad judicial. En tal sentido, el operador jurídico se encuentra llamado a hacer prescindencia de los elementos formales que envuelven el contrato con el objetivo de establecer si en el caso concreto se presentan los elementos que de acuerdo al artículo 23 del Código Sustantivo del

Trabajo definen el vínculo laboral .”(Negrilla fuera del texto) En este orden de ideas, esta Corporación mediante Sentencia C-614 de 2009 [105] , reiteró lo señalado en la Sentencia C-555 de 1994, en lo referente a la importancia de la prestación que efectivamente se esté llevando a cabo para poder declarar si se trata o no de un contrato de trabajo. Al respecto indicó:

"La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato"

Posteriormente, en la Sentencia C-171 de 2012 [106] , reiterada mediante Sentencia T- 761A de 2013 [107] , la Corte Constitucional se refirió a las diferencias esenciales que existen entre un contrato laboral y un contrato de prestación de servicios. En dicha oportunidad, expresamente afirmó que un contrato de prestación de servicios no puede usarse cuando en realidad se está llevando a cabo una relación laboral, y por lo tanto, ejecutándose un contrato laboral. En esa medida precisó:

“En consideración a las diferencias esenciales entre el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios, la jurisprudencia de esta Corte ha insistido en el principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma al momento de determinar el tipo de contrato realmente existente, de conformidad con el artículo 53 Superior, de manera que si se constatan los elementos materiales para que exista una relación de trabajo, se debe determinar el vínculo laboral independientemente del nombre o forma que las partes le hayan otorgado al contrato.

Por tanto, esta Corte ha insistido en la garantía del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma y la eficacia del contrato realidad a partir de los criterios fijados tanto por la jurisprudencia constitucional, como por la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, de manera que no puede utilizarse un contrato de prestación de servicio con el fin de ejecutar realmente una relación laboral, y cuando se constaten los elementos propios de la misma debe ser reconocida como tal.” Esta Corte ha reiterado la jurisprudencia desarrollada en el transcurrir de los años sobre el contrato realidad. Mediante Sentencia T-750 de 2014 [108] , insistió en que no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad. En este orden de ideas sostuvo:

“ Para determinar cuándo se estructura una verdadera relación laboral o un contrato de trabajo deben examinarse los requisitos señalados en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, según el cual se requiere que concurran tres elementos esenciales: (i) la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; (ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que lo faculta para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y (iii) el salario como retribución del servicio. Lo anterior significa que el principal aspecto que debe tenerse en cuenta es la relación efectiva que existe entre el trabajador y el empleador, independientemente de lo que resulte del contrato o de lo que se derive de este, en tanto lo allí consignado o formalmente pactado puede ser contrario a la realidad. Para ello, el juez debe valorar en cada caso si se configura una verdadera relación laboral.

(…) Independientemente de la denominación que se le dé a una relación laboral o de lo consignado formalmente entre los sujetos que la conforman, deben ser analizados ciertos aspectos que permitan determinar si realmente la misma es o no de naturaleza laboral. Para ello, basta con examinar los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo o la relación laboral y, siendo así, el trabajador estará sujeto a la legislación que regula la materia y a todos los derechos y obligaciones que se derivan de ella.” Posición que recientemente fue reiterada por la Sala Séptima de Revisión al amparar los derechos fundamentales de la accionante pues en ese caso “se configuró una relación laboral, teniendo en cuenta que:

(i) la accionante desempeñaba una actividad personal como abogada en más de 240 procesos, realizaba asesorías y conceptos jurídicos a la entidad como abogada del área jurídica;

(ii) la labor realizada estaba subordinada a las órdenes impartidas por la entidad; y (iii) los servicios personales prestados por la peticionaria eran remunerados.” [109] Con base en lo expuesto, se puede concluir que existen situaciones, en materia laboral, en las cuales la realidad no siempre coincide con lo consignado en un contrato o con lo pactado verbalmente, pues puede ocurrir que aunque formalmente se señale que se trata de una determinada relación, en verdad se trate de otra totalmente distinta. Así, es habitual que ocurra que un contrato de prestación de servicios en verdad no lo sea, pudiéndose así, con observancia de los requisitos ya mencionados, proceder a declarar la existencia de un contrato laboral.

Sin embargo, es importante precisar que al convertirse el contrato de prestación de servicios en un contrato realidad, ello no implica que se constituya un vínculo legal y reglamentario entre las partes porque no se dan los presupuestos del acto de nombramiento o elección y su correspondiente posesión [110] , y por ende, tampoco provoca el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir.

Por su parte, el Consejo de Estado señaló: “… esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 por el Dr.

Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador …” [111] .

No obstante, al resolver este tipo asuntos el Consejo de Estado ha acogido la tesis de restablecer en sus derechos laborales al peticionario [112] a través del “… pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas, en virtud del artículo 53 de la Constitución Nacional, dejando a salvo la liquidación de la condena con base en los honorarios pactados en el contrato ” [113] ;

precisando que las prestaciones sociales son aquellas asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen mediante cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral en los porcentajes que corresponden al empleador y el empleado, si es el caso.

3.2.7. DEL AUXILIO DE CESANTÍAS El auxilio de cesantía es reconocido por la legislación laboral en e l artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual establece que, por regla general, “ [t]odo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.” El artículo 99 [114] de la Ley 50 de 1990 modificó el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de la creación de los fondos de cesantías.

Posteriormente, la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998 extendieron este sistema al sector público. Así, el artículo 13 [115] de la Ley 344 de 1996 estableció un nuevo régimen de cesantías anualizado y el sistema aplicable a las personas

vinculadas con el Estado. Por otra parte, el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 [116] acogió la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Como característica de este régimen se tiene que al treinta y uno (31) de diciembre de cada año, el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, y el valor resultante debe ser consignado antes del quince (15) de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija.

En principio, esta prestación tiene como finalidad cubrir un período en el que el trabajador queda cesante. De forma excepcional, la normativa laboral permite la liquidación y pago del auxilio de cesantía parcial, únicamente para los siguientes eventos: (i) la adquisición, construcción, ampliación y desgravación de vivienda, y (ii) la financiación de matrículas del trabajador, su cónyuge, su compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado.

Esta Corporación ha determinado que tal prestación es una de las más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, y constituye uno de los fundamentos más relevantes de su bienestar, en cuanto otorga respaldo económico a sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de su calidad de vida.

[117] Adicionalmente, el auxilio de cesantía ha sido concebido como un patrimonio que se va forjando día a día por el asalariado, y que permanece en poder de los empleadores mientras subsiste el contrato de trabajo.

En este orden de ideas, la legislación laboral ha previsto que l a empresa pague al trabajador intereses sobre las cesantías, correspondientes al 12% anual sobre el valor de las cesantías liquidadas al treinta y uno (31) de diciembre. Esta figura tiene como finalidad compensar la pérdida de valor del dinero por el tiempo transcurrido entre la causación de la prestación y su cancelación al trabajador.

3.2.8. MORA EN LA CONSIGNACIÓN Y PAGO DEL AUXILIO DE CESANTIAS Las sanciones previstas por el Legislador con el fin de evitar la mora en las cesantías se pueden presentar en dos modalidades diferentes, en primer lugar por no consignarse dicho auxilio al fondo elegido por el trabajador dentro del plazo fijado por la ley, es decir antes del quince (15) de febrero de cada año y, en segundo lugar por el pago tardío de la prestación parcial cuando el empleado lo solicite, o de forma definitiva a la terminación de la relación laboral.

Conforme al marco jurídico que regula el auxilio de cesantías, encontramos que fue el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 el que previó una sanción moratoria por la no consignación de las cesantías definitivas por la anualidad o fracción correspondiente antes del quince (15) de febrero del año siguiente; el contenido literal de la norma es el siguiente:

“ARTICULO 99 . El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: 1ª) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2a.) El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija.

El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.” (Negrillas fuera de texto) Lo anterior quiere decir que dicha sanción se aplica mientras se encuentre vigente la relación laboral y será pagadera en el momento en que el trabajador se retire del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se

origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho.

La segunda modalidad de sanción la encontramos en la Ley 244 de 1995, en la cual se establece que la entidad encargada del reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales del trabajador, cuenta con un término de quince (15) días hábiles, desde la presentación de la solicitud, para el pago de esta prestación social.

Una vez queda en firme el acto administrativo de reconocimiento del auxilio de cesantías, la entidad cuenta con cuarenta y cinco (45) días hábiles para proceder al pago efectivo de estas acreencias, así lo prevé el artículo 2º [118] de la menciona de Ley; sino lo hace el trabajador tiene derecho a que la entidad pagadora le cancele un día de salario por cada día de retardo. Es decir que, ésta indemnización moratoria se constituye en una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, creada con la finalidad de reparar los daños que se causan al trabajador con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía.

Al analizarse las normas enunciadas es claro que la finalidad perseguida por el Legislador al incluir la sanción por mora en el pago del auxilio de cesantías, es claramente procurar que la administración actué oportunamente en beneficio del administrado, " de manera tal que así no se obtuviera respuesta frente al derecho prestacional –cesantía- solicitado, surgía la posibilidad de reclamar indemnización, evitando así que la falta de respuesta o la respuesta evasiva le ocasionara perjuicio al administrado " [119] .

Es por ello que la falta de respuesta no impide la efectividad de la sanción, porque si la administración no se pronuncia, el término a partir del cual comienza el conteo de los días de mora, se contabiliza desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas. Obrar en contrario impediría que la norma cumpliera su cometido, que no es otro que la protección de los intereses del trabajador cesante al finalizar su relación laboral [120] .

Ahora bien, sobre el término para empezar a contar el plazo de cuarenta y cinco (45) días que la norma le da a la administración para proceder al pago del derecho, la Sección Segunda Sub Sección B del Consejo de Estado ha señalado:

" … este y no otro puede ser el sentido de la disposición, puesto que si se aceptara que el término empieza a contabilizarse una vez expedido el acto administrativo, se estaría avalando el retardo injustificado de la administración en proferirlo, desconociendo los motivos que el legislador tuvo para la consagración de esta sanción " [121] .

Sobre este aspecto dicha Corporación en decisión de Sala Plena, concluyó: "…conviene recalcar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar su falta de respuesta o sus respuestas evasivas que acarrean perjuicio al peticionario. Carecería de sentido que el legislador mediante norma expresa estableciera un término especial para la liquidación y pago de cesantías si el inicio del mismo quedara al arbitrio de la administración.

Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante….” [122] Consecuente con lo anterior, esta Corte comparte los argumentos expuestos por el Consejo de Estado, en cuanto a que la indemnización procede en el evento de la demora en el pago de la cesantía definitiva al haber trascurrido el plazo legal, es decir, que la exigibilidad de dicha indemnización depende no sólo del reconocimiento de la prestación, sino de su pago por fuera de los cuarenta y cinco (45) días que la ley otorga a la administración para tal efecto.

4. CASO CONCRETO De acuerdo con las consideraciones expuestas, pasa la Sala a resolver el caso objeto de estudio: 4.1. RESUMEN DE LOS HECHOS 4.1.1.

Señala la accionante que prestó sus servicios de manera subordinada a la Nación – Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) , desde el veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002) -hasta el treinta (30) de marzo de dos mil siete (2007), y que su vinculación se hizo a través de “órdenes de prestación de servicios” .

Indica que mediante oficio radicado el veinticinco (25) de abril de dos mil ocho (2008), solicitó a la Comisión de Regulación de Energía Y Gas - CREG: (i) que se reconociera la existencia de una relación personal permanente, subordinada y dependiente, originada en la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios y por ende se le pagaran las prestaciones sociales a las que como funcionaria al servicio de la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG en calidad de asesora tiene derecho, así como las sanciones moratorias por el no pago de prestaciones sociales y la no consignación oportuna de las cesantías, entre otras.

A través del acto administrativo No. S-2008-002116 del diecisiete (17) de julio de dos mil ocho (2008), la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG negó las pretensiones de la accionante debido a que no se encontraba acreditada la subordinación y la dependencia. Así mismo, resaltó que la solicitante no probó que estuviera desarrollando una función pública razón por la que no se podía acceder a sus solicitudes.

Por lo anterior, el catorce (14) de noviembre de dos mil ocho (2008), la demandante haciendo uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho demandó la decisión administrativa contenida en el Oficio Nro. S-2008-002116, Nro. de Referencia E-2008-003451 del diecisiete (17) de julio de dos mil ocho (2008) proferido por la Nación – Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG); manteniendo las pretensiones de la petición que presentó el veinticinco (25) de abril de dos mil ocho (2008) y, adicionalmente, solicitó que se condenara a la entidad al pago de perjuicios morales causados “por el cercenamiento de todos sus derechos prestacionales al ocultarse la real relación laboral bajo el disfraz de simples órdenes de prestación de servicios.” El proceso correspondió por reparto a la Sección Segunda, Subsección “F” en descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca quien mediante sentencia del veinticuatro (24) de abril de dos mil doce (2012) declaró la nulidad del Oficio Nro. S-2008-002116, encontrando demostrado que la demandante prestó sus servicios profesionales como asesora desde el veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002) hasta el treinta (30) de marzo de dos mil siete (2007). Precisó que el vínculo se llevó a cabo mediante la celebración de órdenes de prestación de servicios que fueron suscritas de manera continua e ininterrumpida durante cinco años, un mes y nueve días.

En consecuencia, el Tribunal negó el reconocimiento de la indemnización moratoria pues la sentencia era constitutiva de derecho y a partir de ella nacían las prestaciones en cabeza de la actora, declaró la existencia de la relación laboral entre la demandante y la Nación – Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG). Así pues, ordenó a título de restablecimiento del derecho el pago de prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados vinculados a dicha entidad y de los porcentajes de cotización a pensión y salud que debió trasladar a los fondos correspondientes desde el veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002) hasta el treinta (30) de marzo de dos mil siete (2007).

Al no haberse reconocido el pago de la sanción moratoria en el fallo de primera instancia la señora Martínez Pinzón presentó recurso de apelación. A juicio de su apoderado, no existen motivos para exonerar de la sanción moratoria a la entidad demandada quien no puede beneficiarse de su dolo o culpa.

La Sección Segunda, Subsección “B” del Consejo de Estado en Sentencia de segunda instancia del dos (2) de octubre de dos mil catorce (2014) , notificada por edicto el veintisiete (27) de enero de dos mil quince (2015) confirmó el fallo de primera instancia, señalando que el derecho surge a partir de la sentencia, por lo tanto no hay lugar a la aplicación de disposiciones de carácter sancionatorio respecto de la morosidad en el pago de las prestaciones reclamadas, por cuanto ésta empieza a contarse a partir de la ejecutoria de la providencia.

4.1.2. Ante la presunta vulneración de sus derechos, la demandante interpuso acción de tutela contra la decisión proferida el dos (2) de octubre de dos mil catorce (2014) y notificada por edicto el veintisiete (27) de enero de dos mil quince (2015), por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, la cual correspondió a la Sección Cuarta de la misma Corporación, quien mediante providencia del dieciséis (16) de septiembre de dos mil quince (2015) negó el amparo solicitado, argumentado que no existe un motivo justificado que configure una de las causales especiales que hacen procedente de manera excepcional la acción de tutela contra providencias judiciales.

Contra la anterior decisión la accionante por intermedio de su apoderada presentó impugnación, la cual fue resuelta por la Sección Quinta del Consejo de Estado, quien mediante fallo del doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015), resolvió confirmar la decisión impugnada.

Debido a que se trata de una acción de tutela que cuestiona decisiones judiciales, la Sala pasa entonces a estudiar si en este caso se reúnen los requisitos de procedencia y alguna de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales:

4.2. Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales. (i) El primer requisito exigido es que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

En el presente caso, lo que se pretende es hacer valer el derecho fundamental al debido proceso en conexidad con el derecho a la administración de justicia e igualdad. Se trata entonces, como lo ha dicho la Corte en reiteradas oportunidades, de la defensa de derechos constitucionales fundamentales, por lo que este primer requisito, se entiende satisfecho.

(ii) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

La Sala advierte que la sentencia atacada resolvió en segunda instancia el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por Martha Patricia Martínez Pinzón contra la Nación – Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) , razón por la cual no es posible presentar nuevos recursos ordinarios contra esa providencia. Aunque la decisión cuestionada es susceptible del recurso extraordinario de revisión, contemplado por el artículo 248 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo , este trámite no se

muestra idóneo para resolver la controversia planteada y materia de la presente decisión. En efecto, las causales para la revisión de las sentencias ejecutoriadas, previstas en el artículo 250 del CPACA [123] , no permiten que esas decisiones sean atacadas por la violación de normas constitucionales, fundadas en defectos fácticos o sustantivos como los argumentados en el presente caso. Por ende, habida consideración del carácter taxativo y estricto de esas causales de revisión, el mecanismo se muestra del todo insuficiente para dar respuesta a los asuntos planteados por la accionante.

iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

Se reitera que la inmediatez es una condición de procedencia de la acción de tutela, creada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como herramienta para cumplir con el propósito de la Carta Política de hacer de la acción de tutela un medio de amparo de derechos fundamentales que opere de manera rápida, inmediata y eficaz.

Por ello, es indispensable estudiar cada caso concreto, toda vez que es necesario que la acción sea promovida dentro de un término razonable, prudencial y cercano a la ocurrencia de los hechos que se consideran vulneradores de derechos fundamentales, con el fin de evitar que el transcurso del tiempo desvirtúe la transgresión o amenaza de los derechos. En consecuencia, ante la injustificada demora en la interposición de la acción, se vuelve improcedente el mecanismo extraordinario, por ende, se debe acudir a los mecanismos ordinarios de defensa judicial.

A propósito de este requisito de procedibilidad de la acción de tutela, la Corte Constitucional en la Sentencia T- 792 de 2009 [124] estableció que:

“la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en el hecho de que el mismo exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos. Esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el supuesto vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse, según ha dicho la Corte, en cada caso concreto, con plena observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.

Esta Sala encuentra que en el presente proceso de tutela, la demandante interpuso la acción el diecisiete (17) de julio de dos mil quince (2015), esto es, cinco (5) meses y veinte (20) días después de notificada por edicto la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B del dos (2) de octubre de dos mil catorce (2014), mediante la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la providencia proferida el veinticuatro (24) de abril de dos mil doce (2012) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F [125] .

Por lo tanto, se cumple el requisito de inmediatez. iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

El defecto planteado por la accionante es relevante para la decisión del caso. A este respecto, la apoderada de la accionante sostiene que de no haber ocurrido el defecto sustantivo consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, como especial protección del derecho al trabajo en cualquiera de sus modalidades, el sentido del fallo hubiera sido otro.

Finalmente, respecto al último requisito, se verificó de manera clara que la decisión atacada no es un fallo de tutela. Una vez acreditados los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra sentencias, la Sala asumirá el análisis de los requisitos especiales de procedibilidad exigidos por la jurisprudencia constitucional.

4.3. Análisis de los requisitos especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Las causales específicas hacen referencia a la concurrencia de defectos en el fallo atacado que lo hacen incompatible con los preceptos constitucionales. Estos defectos son, entre otros:

(a) orgánico, (b) procedimental, (c) fáctico, (d) material o sustantivo, (e) error inducido, (f) sentencia sin motivación, (g) desconocimiento del precedente constitucional y (h) violación directa de la Constitución Política.

En el presente caso, la accionante, Martha Patricia Martínez Pinzón alegó como causales de procedibilidad de la acción de tutela los siguientes:

(i) defecto fáctico, (ii) defecto sustantivo y, (iii) vulneración directa de la Constitución, por cuanto, a su juicio el Consejo de Estado le otorga a la Sentencia de fecha veinticuatro (24) de abril de dos mil doce (2012), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, el carácter de constitutiva de derechos y no declarativa de los mismos.

A continuación procede la Sala a examinar cada uno de los cargos formulados por la demandante, a la luz de las precisas reglas que ha establecido la jurisprudencia para el efecto.

4.3.1. Defecto sustantivo por insuficiente y/o ausencia de motivación de la decisión judicial. 4.3.1.1. La accionante aduce que se configuró un defecto sustantivo por indebida motivación de la decisión del dos (2) de octubre de dos mil catorce (2014), proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, mediante la cual se confirmó la providencia del veinticuatro (24) de abril de dos mil doce (2012), por cuanto el criterio según el cual la existencia de la relación laboral surge con la decisión adoptada en la sentencia a través de la cual se declara el contrato realidad, “es inaceptable pues dicha relación ya existía y lo que hizo el fallo fue reconocerla, no declararla y mucho menos, constituirla o crearla, que es cosa jurídica totalmente diferente; luego la sentencia es declarativa y no constitutiva” Igualmente manifestó que la diferencia entre una sentencia declarativa y una constitutiva, es que mientras la primera tiene efecto retroactivo hasta el momento en el que se produce la violación del derecho motivo de la pretensión, la segunda rige hacia el futuro, es decir, a partir de la creación, modificación o extinción de la situación jurídica.

Argumenta que la sentencia que declara, bajo el principio de realidad laboral, la existencia de una relación laboral disfrazada bajo una prestación de servicios, es declarativa pues se limita a declarar su existencia con todas las formalidades legales y procesales para lo cual el juez verifica que estén presentes todos los presupuestos exigidos por la ley laboral.

Señala que la sentencia no hace nacer la relación laboral, pues ella, se encarga de reiterar que dicha relación existió desde el primer momento en que la actora empezó a laborar subordinadamente y bajo una remuneración para la entidad, es decir, la sentencia no da nacimiento a una nueva relación jurídica, sino que simplemente declara con efectos retroactivos, que ella ya existía aún desde antes de proferirse la providencia hoy cuestionada.

Por lo anterior, la actora alegó la existencia de un defecto sustantivo por insuficiencia o ausencia de motivación frente a la decisión del Consejo de Estado ya que considera que el pronunciamiento de esa Corte a pesar de dar por establecida la relación laboral con fundamento en el principio de supremacía de la realidad, negó las indemnizaciones reclamadas, de manera injusta e ilegítima, contrarias a derecho, al estar soportadas no en el imperio de la ley sino en el arbitrio judicial.

4.3.1.2. El Consejo de Estado frente a la naturaleza y condena en contratos realidad manifestó que no solo es reiterada la posición del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, en cuanto a los asuntos referentes al contrato realidad, sino que además ha sido asumida por la Sala Plena de esa Corporación [126] , pues en los eventos en los cuales se logra demostrar la existencia de un contrato realidad, los derechos propios de dicha relación laboral surgen a partir de la sentencia que lo declara y no hay lugar a la aplicación de disposiciones de carácter sancionatorio respecto de la morosidad en el pago de las prestaciones reclamadas, por cuanto esta empieza a contarse a partir de la ejecutoria de la providencia.

Soporta su argumento además en la Sentencia de fecha trece (13) de junio de dos mil trece (2013), Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara, quien sostuvo:

“no se condenará a la entidad demandada a la sanción moratoria por el no pago de las cesantías, ni al pago de sanción alguna, pues como se señaló anteriormente, la existencia de la relación laboral surge con la declaración de esta sentencia, lo que implica que los derechos que se originan sean exigibles a partir de la ejecutoria de la misma, a pesar de que los fundamentos de la declaración sucedieron con anterioridad” 4.3.1.3.

Ahora bien, no desconoce esta Sala que l a jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia [127] como del Consejo de Estado [128] han acudido a principios constitucionales en la solución de controversias relacionadas con vínculos laborales o legales y reglamentarios disfrazados mediante contratos de prestación de servicios, los cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a dichos vínculos.

Con base en lo anterior se ha sostenido que cuando los contratos de prestación de servicios resultan desvirtuados en sus elementos esenciales, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público, acerca de la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el propósito de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

Es decir, que en asuntos como el que hoy ocupa la atención de la Sala al convertirse el contrato de prestación de servicios en un contrato realidad, ello no implica que se constituya un vínculo legal y reglamentario entre las partes porque no se dan los presupuestos del acto de nombramiento o elección y su correspondiente posesión [129] , y por ende, tampoco provoca el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, por el contrario lo que surge es una sanción a la entidad Estatal que se traduce en el pago de prestaciones sociales y seguridad social a la persona cuya contrato de prestación de servicios le fue desdibujado y convertido en un contrato de trabajo; es decir que mal haría el juez en sancionar doblemente al empleador por una misma situación fáctica, que como en el presente asunto genera la existencia de un contrato realidad.

Así las cosas, dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se pretenda el reconocimiento de un contrato realidad y se logre demostrar su existencia, no es viable ordenar como restablecimiento del derecho que la situación del contratista vuelva a su estado anterior o que se constituya en un empleado público, toda vez que dicho sujeto jamás ha ostentado tal calidad; es por ello que lo procedente en estos casos es que una vez demostrados los elementos propios de la relación laboral, surja el derecho a una reparación de los daños, reflejada en el reconocimiento y pago de los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios [130] , siendo esta la sentencia constitutiva de dicho derecho.

En este punto, se hace oportuno reiterar que los efectos de la declaratoria de la nulidad de los actos administrativos de carácter particular, en los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 [131] del C.P.A.C.A., comprende, no sólo devolver las cosas a su estado anterior, sino además la reparación del daño, en aquellos casos en sea imposible regresar las cosas a su estado anterior.

De ahí entonces que sea acertada y debidamente justificada la decisión adoptada por el Consejo de Estado en la sentencia de fecha dos (2) de octubre de dos mil catorce (2014), en cuanto a negar la mora por el pago tardío de las prestaciones sociales y cesantías reconocidas producto de la declaratoria de existencia de un contrato realidad.

Aunado a lo anterior también se advierte que las afirmaciones realizadas por el Consejo de Estado en la providencia atacada, encaminadas a argumentar la existencia de una sentencia constitutiva son suficientes, acertadas y no desconoce los precedente horizontales que frente a la materia se han fijado, pues reitera la posición adoptada por la Sala Plena de

dicha Corte desde el dos (2) de marzo de dos mil diez (2010), en la cual se sostuvo expresamente la distinción que existe entre sentencias declarativas y sentencias constitutivas;

así: “ La doctrina jurídica en materia procesal ha elaborado criterios para distinguir las sentencias que declaran la existencia o inexistencia de una relación jurídica; diferentes de las sentencias de condena que son las que imponen al demandado una obligación de dar, de hacer, o de no hacer; y las constitutivas que crean, modifican o extinguen por sí mismas un estado jurídico, introduciendo una estructura o situación jurídica nueva.

En el campo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la doctrina cita como ejemplos de sentencias declarativas las que se limitan a declarar la nulidad de un acto administrativo en el contencioso de anulación y las que deniegan una pretensión de cualquier clase;

como ejemplo de sentencias constitutivas alude a las que deciden favorable en los procesos electorales y las que revisan cartas de naturaleza; y como ejemplos de sentencias condenatorias las sentencias favorables dictadas en los procesos de restablecimiento en general, precisando que “las sentencias en el contencioso de nulidad y restablecimiento tendrán un doble carácter:

declarativas en cuanto constatan o definen que el acto impugnado se ajusta o no al ordenamiento jurídico; y de condena, cuando, como consecuencia de la nulidad del acto, se impongan obligaciones de dar, hacer o no hacer a la administración” [132] ”.

4.3.2. Otros defectos alegados por la accionante 4.3.2.1. Sobre el defecto por violación directa de la Constitución La accionante señaló que en la providencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, se configura defecto por violación directa de la Constitución al desconocer los principios constitucionales propios del trabajo y la primacía de la realidad, por las siguientes razones:

Indica que según la naturaleza de la pretensión las sentencias pueden ser declarativas o constitutivas de derecho y de condena, por tanto las declarativas hacen una mera constatación sobre la existencia o inexistencia de una relación jurídica y tienen por finalidad poner fin a una situación jurídica incierta o controvertida; mientras que las constitutivas son aquellas que producen por sí misma un cambio jurídico, es decir, la creación, modificación o extinción de una relación jurídica.

Aduce que la providencia atacada desconoce que existe en el ordenamiento postulados de rango constitucional que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo, irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y, que ello se traduce en la protección especial del derecho al trabajo que consagra la Constitución, lo que en el caso en concreto se dejó de lado, pues siendo la indemnización un beneficio establecido en la ley laboral a favor de la actora, no se le reconoció teniendo derecho a ella.

Concluye que “ se dejó de aplicar lo previsto en el Preámbulo de la Constitución Política, en cuanto consagra un Estado Social de Derecho cuya dinámica gira alrededor de la vigencia del orden justo, orden justo que en este caso se traduciría en…” el reconocimiento de las indemnizaciones reclamadas ante la configuración de que la real relación laboral fue disfrazada por la entidad bajo el simulacro de unas irregularidades e ilegales órdenes de prestación de servicio.

En este caso se considera que no se presentó un defecto por violación directa de la Constitución consistente en la violación del derecho al trabajo y la primacía de la realidad, consagrados en los artículos 25 y 53 de la norma Superior, pues la Jurisdicción Contenciosa en aras de garantizar dichos derechos logró desvirtuar el contrato de prestación de servicios y reconocer las prestaciones sociales causadas en el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica

que sustenta su decisión, es decir la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, establecidos precisamente en el artículo 53 de la Constitución.

Como se puede observar a folio 65 del expediente, el juez de primera instancia dentro del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho, luego de analizar el material probatorio que se allegó al expediente reconoció la existencia de un contrato realidad, precisando que " se logró desvirtuar tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio, y se logró demostrar además los demás elementos de la relación laboral como la prestación personal del servicio de manera permanente, la remuneración y la subordinación y dependencia en el desarrollo de la actividad" , lo cuestionable fue que no se reconocieron las sanciones por mora pretendidas por la accionante, al ser la sentencia que puso fin al proceso una providencia de carácter constitutivo y no declarativo, por tanto, de los argumentos expuestos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, es claro para la Sala, que no se logró siquiera demostrar una violación directa de la Constitución, por el contrario se garantizaron y protegieron los derechos de la trabajadora reconociéndole su condición de subordinada y por ende el contrato realidad.

4.3.2.2. Defecto Fáctico. Como se ha reiterado a lo largo de esta providencia la señora Martha Patricia Martínez Pinzón, se limita a señalar en su acción de tutela, que la decisión del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, es contraria a derecho porque debió revocar parcialmente la sentencia proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección F, toda vez que al declarar la existencia de la relación laboral debió ordenar el pago de las sanciones por mora en el pago de las cesantías y prestaciones originadas de la relación laboral, pues la sentencia se constituye en una providencia de carácter declarativo.

En relación con el defecto fáctico, es preciso recordar que la jurisprudencia constitucional ha advertido que la omisión de la valoración probatoria debe ser de tal entidad que interfiera de forma decisiva en el sentido de la providencia. Esto, comoquiera que la autoridad judicial está amparada por la autonomía y competencia propia de las funciones que desempeña, para valorar en el ámbito de la sana crítica la realidad probatoria existente en el proceso.

En esta oportunidad el defecto fáctico alegado, se apoya en hacer una distinción entre las sentencias declarativas y las sentencias constitutivas de derechos, sin que se advierta por parte de esta Sala argumento alguno destinado a desvirtuar o atacar la pruebas decretadas o dejadas de decretar en el curso del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo tanto no es posible que esta Corporación desarrolle dicho cargo cuando ni siquiera fue debidamente sustentando en el escrito de demanda.

5. CONCLUSIÓN 5.1. La Sala concluye que, como ya se indicó con antelación, el fallo proferido el dos (2) de octubre de dos mil catorce (2014) por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento impetrado por la señora Martha Patricia Martínez contra la Nación – Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), no incurrió en un defecto sustantivo por insuficiente motivación, por cuanto:

5.1.1. La decisión enjuiciada se ajusta a la Constitución pues se respetan las formas de vinculación del empleo público, evitando crear una nueva modalidad al otorgarle al contratista que demuestra la existencia de un contrato realidad la posibilidad de constituir un vínculo legal y reglamentario entre las partes, ello en razón a que no se dan los presupuestos del acto de nombramiento o elección y su correspondiente posesión ;

por tanto de forma antípoda lo que surge es una sanción a la entidad Estatal que se ve reflejada en el pago de prestaciones sociales y seguridad social al sujeto cuyo contrato de prestación de servicios perdió su naturaleza convirtiéndose en un contrato realidad debido a la satisfacción de los requisitos propios de un contrato de trabajo.

5.1.2. La argumentación utilizada por el Consejo de Estado para negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías y prestaciones sociales originadas en la declaratoria de existencia de un contrato

realidad es coherente con los precedentes horizontales que ha emitido esa Corporación en casos análogos.

5.1.3. Y finalmente, la sentencia respeta la interpretación que se ha dado al artículo 138 del CPACA, en cuanto a que el restablecimiento del derecho comprende, no sólo devolver las cosas a su estado anterior, sino además la reparación del daño, en aquellos casos en que sea imposible regresar las cosas a su estado anterior.

5.1.4. En cuanto a los demás defectos alegados por la accionante los mismos no se lograron demostrar en el plenario, toda vez que su argumentación se limitó a reiterar los fundamentos expuestos frente a la presunta vía de hecho por defecto sustantivo, sin desarrollar clara y suficientemente elementos que permitieran si quiera concluir una posible configuración de los vicios por ella invocados.

5.2. El análisis precedente permite concluir que las decisiones de instancia en la acción de tutela presentada por la señora Martha Patricia Martínez Pinzón deben ser confirmadas al no advertir vulneración alguna del derecho al debido proceso de la peticionaria y por lo tanto, no se ha incurrido en ninguna causal específica de procedibilidad.

En estas condiciones, la Sala confirmará las decisiones de instancia proferidas dentro del trámite de tutela por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

6. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional , administrando justicia en nombre del pueblo por mandato de la Constitución Política, RESUELVE PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión del término para decidir el asunto de la referencia.

SEGUNDO.- CONFIRMAR , por las razones expuestas en esta providencia, el fallo judicial proferido por la Sección Quinta, del Consejo de Estado, doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015), que a la vez confirmó la decisión de la Sección Cuarta del Consejo de Estado el dieciséis (16) de septiembre de dos mil quince (2015) por medio de la cual se denegó la protección invocada por Martha Patricia Martínez Pinzón.

TERCERO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Presidenta Impedimento aceptado LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ ALEJANDRO LINARES CANTILLO Magistrado Magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Magistrado Magistrada JORGE IVÁN PALACIO PALACIO JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Magistrado Magistrado Con salvamento de voto ALBERTO ROJAS RÍOS LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado Magistrado Con salvamento de voto En licencia por duelo MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALBERTO ROJAS RÍOS A LA SENTENCIA SU448/16 INDEMNIZACION MORATORIA- Marco normativo (Salvamento de voto) INDEMNIZACION MORATORIA- Elementos (Salvamento de voto) INDEMNIZACION MORATORIA- Casos en que procede (Salvamento de voto) INDEMNIZACION MORATORIA - Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Salvamento de voto) PRINCIPIO DEL CONTRATO REALIDAD EN LA ADMINISTRACION PUBLICA / PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES (Salvamento de voto) ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Configuración de defecto sustantivo por indebida motivación (Salvamento de voto) ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Debió reconocerse sanción moratoria (Salvamento de voto) Referencia:

Expediente: T-5.305.136 Accionante: Martha Patricia Martínez Pinzón Accionado: Sección Segunda, Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Van aquí, con todo respeto por la Sala Plena, las consideraciones que me llevaron a separarme de la decisión adoptada por la mayoría de mis compañeros de Sala y a salvar el voto de lo resuelto en la Sentencia SU-448 de 2016, por la cual fue confirmado integralmente el fallo de tutela proferido por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 12 de noviembre 2015, que confirmó la decisión de la Sección Cuarta de la misma Sala del Consejo de Estado del 16 de septiembre de 2015, que negó la solicitud de amparo hecha por Martha Patricia Martínez Pinzón.

A efectos de este salvamento de voto se hace una presentación general de lo examinado y resuelto por la Sala, para luego consignar las razones de mi disidencia en torno a lo decidido en la sentencia.

1. El contenido de lo resuelto en la Sentencia SU-498 de 2016 1.1. Los hechos La Sra. Martha Patricia Martínez Pinzón prestó servicios en Ministerio de Minas y Energía - CREG entre febrero 21 de 2002 y el 30 de marzo de 2007, habiéndose desarrollado relación laboral bajo la modalidad de contratos sucesivos de prestación de servicios.

Terminada la relación, la Sra. Martínez Pinzón elevó un derecho de petición al Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), solicitando el reconocimiento de la existencia de una relación personal, permanente, subordinada y dependiente;

igualmente el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que tenía derecho por su calidad de funcionaría al servicio de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG); como también la orden de pago de la sanción moratoria por el no pago de las prestaciones sociales y la falta de consignación oportuna de las cesantías; el reconocimiento y pago de la indemnización por la falta de afiliación al Sistema General de Seguridad Social y que se le expidieran certificados por la labor desempeñada, con los factores salariales respectivos.

El 17 de julio de 2008, el Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), por medio del Oficio No. S-2008-002116, negó las peticiones elevadas, alegando que no había existido subordinación alguna y que la Sra. Martínez Rincón no había desarrollado ninguna función pública. En atención a esa respuesta, la afectada solicitó la nulidad del referido acto administrativo, con restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El 24 de abril de 2012, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad del acto administrativo y reconoció la existencia de la relación laboral, ordenando el pago de prestaciones comunes y de seguridad social, pero absteniéndose de decretar la indemnización moratoria. La demandante apeló la decisión, pasando el caso a conocimiento de la Sección Segunda, Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la cual confirmó el 2 de octubre de 2014 lo decidido por el Tribunal, negando la condena por indemnización moratoria, por considerar que la sentencia que reconocía la existencia de la relación laboral, tenía carácter constitutivo y no declarativo. Consolidada la situación, la Señora Martínez Pinzón accionó en tutela, alegando la violación de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la justicia y el derecho al trabajo.

1.2. El trámite de la acción de tutela y los fallos de instancia De la acción de tutela tuvo conocimiento la Sección Cuarta del Consejo de Estado, la cual declaró la improcedencia del amparo el 16 de septiembre de 2015, señalando que no había lugar a la condena por indemnización moratoria, pues la sentencia que había reconocido la existencia de la relación laboral tenía carácter constitutivo y no declarativo. Igualmente sostuvo que se trataba de un asunto interpretativo y que la interpretación de los jueces de instancia era razonable, de modo tal que no se configuraba la causal especial de procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

El fallo fue impugnado, correspondiendo el conocimiento a la Sección Quinta el Consejo de Estado, la cual confirmó la improcedencia de la acción el 12 de noviembre de 2015, argumentando que se había efectuado una interpretación

razonable, que debía respetarse la autonomía judicial, y que existía precedente en el Consejo de Estado, que impedía proceder con la condena.

1.3. Estructura de la Sentencia SU-448 de 2016 Como problema jurídico la Sala Plena se preguntó si el Consejo de Estado, mediante sentencia del 2 de octubre de 2014, había vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad de la Señora Martha Patricia Martínez Pinzón, al negarle la sanción moratoria por el pago tardío de las prestaciones sociales y la tardía consignación de las cesantías, conforme lo dispone el artículo 89 de la Ley 50 de 1990, con el argumento de que para la actora el derecho prestacional únicamente nació con la ejecutoria de la sentencia que dio por existente la relación laboral entre la accionante y la Nación -Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG).

La decisión consistió en negar el amparo, por no configurarse los defectos sustantivo, violación directa de la Constitución y fáctico. El argumento central del sector mayoritario de la Sala Plena se derivó de la regla establecida por la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de marzo 2 de 2010 y tiene dos componentes: (i) el primer lugar, el carácter constitutivo y no declarativo de la sentencia que reconoce la existencia del contrato realidad, y en segundo término, (ii) el hecho de que la condena por restablecimiento del derecho no permite incluir la indemnización moratoria (ii).

Respecto del carácter constitutivo de la sentencia, que excluye la condena por indemnización moratoria, el sector mayoritario de la Sala sostuvo:

"El Consejo de Estado frente a la naturaleza y condena en contratos realidad manifestó que no solo es reiterada la posición del órgano en cuanto a asuntos referentes al contrato realidad, sino que además ha sido asumida por la Sala Plena de esa Corporación, pues en los eventos en los cuales se logra demostrar la existencia de un contrato realidad, los derechos propios de dicha relación laboral surgen a partir de la sentencia que lo declara y no hay lugar a la aplicación de disposiciones de carácter sancionatorio respecto de la morosidad en el pago de las prestaciones reclamadas, por cuanto esta empieza a contarse a partir de la ejecutoria de la providencia.” [133] En lo que tuvo que ver con la imposibilidad de restablecer el derecho incluyendo la condena por indemnización moratoria, se señaló en el fallo:

"Es decir, en asuntos como el que hoy ocupa la atención de la Sala al convertirse el contrato de prestación de servicios en un contrato realidad, ello no implica que se constituya un vínculo legal y reglamentario entre las partes porque no se dan los presupuestos del acto de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, y por ende, tampoco provoca el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, por el contrario lo que surge es una sanción a la entidad estatal que se traduce en el pago de prestaciones sociales y seguridad social a la persona cuya (sic) contrato de prestación de servicios le fue desdibujado y convertido en un contrato de trabajo; es decir, que mal haría el juez en sancionar doblemente al empleador por una misma situación fáctica, que como en el presente asunto genera la existencia de un contrato realidad. "

[134] 2. El salvamento de voto respecto de lo resuelto en la Sentencia SU-448 de 2016 En contra de lo dispuesto por la parte mayoritaria de la Sala, sostengo que en el presente caso se configuró el defecto sustantivo, que debió ser concedido el amparo en favor de la parte accionante, y que como consecuencia del mismo, debió haberse hecho el reconocimiento de la sanción moratoria que surge del reconocimiento de la relación laboral que en realidad existía entre la accionante y la administración, bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios.

2.1. La indemnización moratoria La indemnización moratoria fue establecida por el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo y se la concibe como una sanción al empleador, en los casos en que no le paga al trabajador los salarios y prestaciones sociales que le corresponden, a modo de reparación del daño que se le causa. La norma de referencia establece:

"Artículo 65.- Indemnización por falta de pago. 1. Si a la terminación del contrato el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el patrono cumple con sus obligaciones consignando ante el juez del trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia. "

Esta norma fue modificada por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que en lo pertinente señala: "Artículo 29. Indemnización por falta de pago. El artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo quedará así:

Artículo 65. Indemnización por falta de pago: 1. Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique. (…) Parágrafo 2 o .

Lo dispuesto en el inciso 1 o de este artículo solo fe aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente.

Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente. " La Corte Constitucional ha dispuesto que para la procedencia de la indemnización moratoria deben concurrir los siguientes elementos [135] : i) que haya terminado la relación laboral; ii) que el empleador este debiendo al trabajador salarios y prestaciones y no las pague en el momento de dicha terminación; iii) que no se trate del caso en que procede la retención de dichos salarios y prestaciones;

y, iv) que no se haya consignado el monto de la deuda confesada por el empleador en caso de que no haya acuerdo respecto del monto de la deuda, o que el trabajador se haya negado a recibir el pago.

Adicionalmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha venido dando aplicación al inciso final el parágrafo 2 del artículo 1 del Decreto 797 de 1949, que establece 90 días de gracia para el pago de las prestaciones [136] ..La norma establece:

"Artículo lo. El artículo 52 del Decreto número 2127 de 1945, quedará así: ARTICULO 52. Salvo estipulación expresa en contrario, no se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude, salvo las retenciones autorizadas por la ley o la convención; si no hubiere acuerdo respecto del monto de tal deuda, bastará que el patrono consigne ante un juez o ante la primera autoridad política del lugar la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia. (...) Si transcurrido el término de noventa (90) días señalado en el inciso primero de este parágrafo no se hubieren puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley ".

2.2. Casos en los que procede la condena por indemnización moratoria De acuerdo con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como fue modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, procede la condena por indemnización moratoria, cuando a la terminación del contrato, "el empleador no paga al trabajador los salarios y

prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo ".

Adicionalmente el inciso segundo del numeral 1 del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, estableció que el empleador deberá pagar intereses moratorios después de transcurridos 24 meses desde la terminación del contrato "sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero", concepto este que fue precisado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-892 de 2009, al señalar que:

"el concepto "salario y prestaciones en dinero" engloba todos los ingresos laborales que percibe el trabajador como retribución por el servicio personal que presta al empleador, o como asunción económica de las contingencias propias del ejercicio de la actividad laboral. En suma, los ingresos que no se encuadran dentro de ese concepto refieren a (i) los montos que la doctrina ha denominado como "pagos no constitutivos de salario ", descritos por el artículo 128 CST, y relativos a las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) el descanso remunerado generado por las vacaciones o los días no laborables; (iii) los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente, u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad; según lo expresa el artículo 128 CST; y (iv) las indemnizaciones. "

[137] Adicionalmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dispuesto, que también procede la condena por indemnización moratoria, en los casos en que no fueron consignados los valores de las cesantías del trabajador, o fueron consignados de modo incompleto. Específicamente dijo ese Tribunal, que Ni que decir de las consecuencias perversas que esta interpretación podría traer, pues bastaría con que el empleador consignase cualquier valor por cesantías, para enervar los efectos de la norma, no obstante que con dicho proceder se estaría perjudicando al trabajador y al sistema de administración de cesantías.

Con tal interpretación se debilitaría la protección que el legislador quiso dar a las cesantías en el nuevo sistema, en compensación a la pérdida de la retroactividad, porque se estaría flexibilizando el plazo que, de forma perentoria, fijó la ley para realizar la consignación; es claro que la norma ordena la consignación del valor de las cesantías correspondientes a 31 de diciembre de cada año, antes del 14 de febrero del año siguiente; si, a esta fecha, solo se efectúa un pago parcial, no se está atendiendo el plazo legal, pues es bien sabido que el pago parcial no extingue la obligación.

Por lo anterior, esta Sala se aparta de la interpretación del ad quem que conlleva la exclusión de la aplicación de los efectos contenidos en el numeral 3 o del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el caso de la consignación deficitaria de cesantías. En esta dirección, se ha de decir que la consecuencia contenida en el numeral 3 o del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 está prevista tanto para el pago parcial como para el no pago. "

[138] 3. El defecto sustantivo y la violación de los derechos de la parte accionante en el presente caso La situación planteada en la Sentencia SU-448 de 2016, tiene como supuesto la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, que venía siendo desarrollado por medio de sucesivos contratos de prestación de servicios, suscritos entre la Señora Martha Patricia Martínez Pinzón y el Ministerio de Minas y Energía - CREG y la CREG. El punto es que el Consejo de Estado declaró al existencia del contrato realidad, pero se abstuvo de efectuar la condena por indemnización moratoria por la falta de pago de las prestaciones sociales de la accionante, así como por la falta de

consignación de las cesantías a que tiene derecho la misma. Como argumento central de la posición del Consejo de Estado, avalada por el sector mayoritario de la Corte Constitucional, se dijo que la sentencia de la jurisdicción contencioso administrativa tiene carácter constitutivo y no declarativo.

En sentido contrario considero, que en este y en todos los casos en los que sea declarada la existencia del contrato realidad en contra de una entidad pública, si hay lugar, debe proceder la condena por la indemnización moratoria, por la falta de pago de las prestaciones sociales o por la falta de consignación del valor de las cesantías del trabajador, conforme viene siendo aplicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues dicha condena procede en todos los casos, independientemente de que la parte demandada sea un particular o una entidad de derecho público.

Como fue recientemente reiterado en la Sentencia T-480 de 2016 a propósito de la acción de tutela propuesta por las madres comunitarias en contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en la que se declaró al existencia del contrato realidad, la relación laboral es intrínsecamente la misma, bien sea que se trate de sujetos particulares o del Estado, pues en ambos casos, la satisfacción de los derechos laborales de los trabajadores resulta exigible, sin que la calidad de sujeto de derecho público pueda servir de excusa para crear excepciones o para desconocer los derechos de los trabajadores. Específicamente dijo el Tribunal que:

"63. La primacía de la realidad sobre las formas también es aplicable a aquellas relaciones de trabajo de naturaleza pública. En efecto, este Tribunal ha señalado que el "principio que se analiza, puede igualmente alegarse contra el Estado, si éste resulta asumiendo materialmente la posición de parte dentro de una particular relación de trabajo. La prestación laboral es intrínsecamente la misma así se satisfaga frente a un sujeto privado o ya se realice frente al Estado. En un Estado social de derecho, fundado en el trabajo (CP art. 1), mal puede el Estado prevalerse de su condición o de sus normas legales para escamotear los derechos laborales de quienes le entregan su trabajo. "

[139] Es necesario señalar, que el Estado debe concurrir al cumplimiento de sus obligaciones jurídicas, y que la calidad de sujeto de derecho público no lo exime de ello. Considero además, que la responsabilidad de la persona jurídica de derecho público es aún mayor que la del particular, conforme lo establece el artículo 123 de la Constitución al señalar, que "Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento "

y la obligación dispuesta en el numeral 1 del artículo 95 de la Constitución de conformidad con el cual toda persona (pública o privada), está obligada a cumplir la Constitución y las leyes, así como a "Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios ".

El uso sucesivo e intencionado de los contratos de prestación de servicio, constituye una práctica que debe ser desterrada, porque además de atentar contra la obligación que se tiene de respetar los derechos de todas las personas, resulta violatoria de los derechos de los trabajadores, entre ellos el de igualdad, como lo reiteró la Corte Constitucional en la Sentencia T-426 de 2015, al referirse a la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas:

"Conforme a lo anterior, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha decantado que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral tanto frente a particulares como al Estado, cuando se prueba el cumplimiento de una prestación personal, continuada, subordinada y remunerada de un servicio.

Así las cosas, configurada la relación laboral de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales iguales a las que gozan las personas que cumplen con sus mismas funciones vinculadas de manera regular, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde

el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Luego, se garantizan los derechos laborales de quienes han sido vinculados de manera irregular y han prestado sus servicios en igualdad de condiciones a servidores públicos, reconociendo los mismos derechos y acreencias laborales que estos gozan.

" [140] Tanto en los fallos de instancia del Consejo de Estado, como en la sentencia de tutela de la Corté Constitucional, se acogió la tesis del carácter constitutivo; de la sentencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que no da lugar a la condena por indemnización moratoria. Esta tesis entraña la violación del derecho a la igualdad de trato jurídico, afecta el principio de favorabilidad en la interpretación de las normas laborales y erosiona el contenido del derecho al trabajo de quienes prestan servicio ante las entidades de derecho público. Con este parecer, han sido establecidos dos tratos diferentes frente a una misma situación, en tanto que al trabajador particular se le reconoce la existencia de un contrato realidad y se le pagan todas las acreencias laborales y prestaciones sociales que debía percibir en virtud del contrato laboral, así como la sanción moratoria, mientras que al empleado del Estado, pese a estar en la misma situación, se le desconoce el decreto de una sanción derivada de la misma ley.

En mérito de lo expuesto, considero que en el presente caso se configuró el defecto sustantivo cuya existencia fue alegada por la parte accionante, y que la Sala ha debido declarar su existencia, con lo cual se habría procedido al amparo de los derechos de la trabajadora.

Con la atención de siempre, ALBERTO ROJAS RIOS Magistrado SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE IVÁN PALACIO PALACIO A LA SENTENCIA SU-448 DE 2016 Referencia:

Acción de tutela instaurada por Martha Patricia Martínez Pinzón contra la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado. Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Con el respeto acostumbrado por las decisiones que toma esta Corporación, me permito hacer explícitas las consideraciones que me llevaron a salvar el voto en la sentencia SU-448 de 2016.

1. En esta oportunidad, la Corte estudió el caso de una persona que prestó sus servicios a la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- desde febrero de 2002 hasta marzo de 2007, vinculación que se hizo a través de diferentes órdenes de prestación de servicios . A raíz de la negativa de esa entidad de reconocer la existencia de una relación laboral, subordinada y, por tanto, con la consecuencia del pago de las prestaciones sociales por el desconocimiento del principio de contrato realidad, la accionante instauró una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

Dicho proceso correspondió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones de la demanda, declaró la existencia de una relación laboral, ordenó el pago de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de la entidad demandada y de los porcentajes de cotización a pensión y salud que debió trasladar durante el término de la vinculación. No obstante, el Tribunal negó el reconocimiento de la indemnización moratoria bajo el argumento de que la sentencia era constitutiva de derecho y era a partir de la misma que nacían las prestaciones en cabeza de la demandante, por lo que no había lugar a la aplicación de disposiciones de carácter sancionatorio respecto de la morosidad en el pago. Esta decisión fue confirmada en segunda instancia por el Consejo de Estado.

Ante esta negativa interpuso acción de tutela al considerar que no existen motivos que justifiquen la exoneración del Estado del pago de la sanción moratoria. En su parecer, lo que hizo el fallo del proceso ordinario fue reconocer y declarar la relación laboral, más no constituirla o crearla.

Para resolver este asunto, el Pleno de esta Corporación hizo referencia a los requisitos generales y especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, a los parámetros jurisprudenciales en materia de

contrato realidad y, finalmente, se refirió al auxilio de cesantías, de manera específica a la mora en la consignación y pago de dicho auxilio.

Sobre este último aspecto, sostuvo que es reiterada la posición de la Sala Plena del Consejo de Estado según la cual "en los eventos en los cuales se logra demostrar la existencia de un contrato realidad, los derechos propios de dicha relación laboral surgen a partir de la sentencia que lo declara y no hay lugar a la aplicación de disposiciones de carácter sancionatorio respecto de la morosidad en el pago de las prestaciones reclamadas" .

De igual forma, afirmó la mayoría de la Corte que a l convertirse el contrato de prestación de servicios en un contrato realidad, "ello no implica que se constituya un vínculo legal y reglamentario entre las partes porque no se dan los presupuestos del acto de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, y por ende, tampoco provoca el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, por el contrario lo que surge es una sanción a la entidad estatal que se traduce en el pago de prestaciones sociales y seguridad social a la persona cuyo contrato de prestación de servicios le fue desdibujado y convertido en un contrato de trabajo; es decir que mal haría el juez en sancionar doblemente al empleador por una misma situación fáctica, que como en el presente asunto genera la existencia de un contrato realidad" .

Concluyó que dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se pretenda el reconocimiento de un contrato realidad y se logre demostrar su existencia, "no es viable ordenar como restablecimiento del derecho que la situación del contratista vuelva a su estado anterior o que se constituya en un empleado público, toda vez que dicho sujeto jamás ha ostentado tal calidad; es por ello que lo procedente en estos casos es que una vez demostrados los elementos propios de la relación laboral, surja el derecho a una reparación de los daños, reflejada en el reconocimiento y pago de los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios, siendo esta la sentencia constitutiva de dicho derecho" .

2. Contrario a lo decidido por la mayoría de esta Corporación, considero que en este caso procedía el amparo solicitado para el reconocimiento de la sanción moratoria que surge del reconocimiento de la relación laboral existente entre la accionante y la administración bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios . A continuación, presento las razones por las cuales difiero de la decisión adoptada.

2.1. La primacía de la realidad sobre las formas es un principio de rango constitucional, consagrado en el artículo 53 de la Carta Política como una de las garantías mínimas que deben estar contenidas en el estatuto del trabajo. Este principio es desarrollado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuyo tenor se establecen los elementos esenciales que deben concurrir para que exista un contrato de trabajo, esto es, una prestación personal del servicio, bajo subordinación y recibiendo una remuneración a cambio.

La primacía de la realidad sobre las formas ha sido un principio fundamente y un pilar de la jurisprudencia constitucional para determinar, mediante la verificación material de los elementos referidos como características esenciales del contrato de trabajo, la verdadera existencia de una relación laboral y desvirtuar cualquier otra forma de vinculación.

Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte ha señalado que el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades. Según lo ha dicho este Tribunal, si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral [141] .

De ahí que esta Corporación haya desarrollado en numerosos pronunciamientos la noción de contrato realidad, entendido como aquel vínculo laboral que materialmente se configura tras la fachada de un contrato con diferente denominación; es decir, se trata de una relación laboral soterrada bajo la apariencia de un acuerdo de voluntades que dista de la manera en que en verdad se desarrolla la actividad [142] .

Lo anterior, encuentra sustento no solo en las normas constitucionales y legales previamente mencionadas, así como en la jurisprudencia de esta Corte, sino en las declaraciones de organismos internacionales como la OIT, que en la Recomendación núm. 198 de 2006 sobre la relación de trabajo estableció que la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes.

2.2. La realidad del contrato surge entonces desde el mismo momento en que el empleador quiso desdibujar su figura para disfrazarla con otra formalidad, esto es, desde el preciso instante en que el contrato realidad nació y empezó a surtir efectos jurídicos. Siendo así, el pago de toda prestación social y acreencia laboral, incluida la sanción moratoria por el no pago de dichas prestaciones durante el tiempo en que la relación existió pero fue desconocida, deben ser reconocidas a favor del trabajador.

En ese sentido, cualquier relación laboral, sea privada o estatal, debe partir del reconocimiento no solo de la relación laboral sino de todos los derechos que de ella se derivan, en tanto el principio en que se funda dicho reconocimiento es de estirpe constitucional y ha sido desarrollado por el legislador y por el máximo intérprete de la Carta Superior.

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo así lo reconoce al señalar en su inciso 2° que “ Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen ”.

Esto significa que el vínculo laboral nace ipso facto , por lo que el operador judicial así debe reconocerlo a través de su providencia. En otras palabras, el juez, en el ejercicio de aplicación de las normas y principios constitucionales -en este caso, del principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución-, reconoce la relación laboral y, por lo tanto, su pronunciamiento será de naturaleza declarativa (en tanto constata la relación laboral existente con sustento en un principio de estirpe constitucional), y no constitutiva, como lo plantea la decisión de la cual me aparto.

2.3. Bajo esa línea de argumentación, es preciso señalar además que no existe justificación para dar dos tratos distintos a una misma situación, como lo hace la sentencia SU-448 de 2016.

Al trabajador particular que se le reconoce la existencia de un contrato realidad se le pagan todas las acreencias laborales y prestaciones sociales que debía percibir en virtud del contrato laboral, incluida la sanción moratoria por el no pago de dichas prestaciones; sin embargo, como lo hace la sentencia de la cual difiero en esta oportunidad, se omite el decreto de esta sanción a favor del empleado del Estado, a pesar de encontrarse en la misma situación que un trabajador particular.

2.4. Por otro lado, el único fundamento para argumentar la negativa al amparo constitucional en este caso radicó en la tesis jurisprudencial del Consejo de Estado respecto del carácter constitutivo de la sentencia que reconoció la existencia de la relación laboral entre la accionante y la administración. No obstante, no se consideró ni analizó que la Corte Constitucional, como garante y máxima intérprete de la Constitución, acoge una postura que resulta más garantista para el trabajador y que se sustenta en un principio de creación constitucional que irradia toda forma de vinculación laboral, como se expuso previamente.

Además, desconoció la mayoría de la Sala que la Corte Suprema de Justicia tiene una postura similar a la desarrollada por la Corte Constitucional, en virtud de la cual no es suficiente la mera creencia del empleador de que el contrato entre las partes no era laboral para exonerarlo del pago de la sanción moratoria por el incumplimiento en el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, sino que es preciso analizar las circunstancias que rodearon el contrato, esto es, examinar la presencia de cada uno de los elementos del mismo que, en caso de hallarse demostrados, darán lugar al pago de todas las acreencias a favor del trabajador, incluida la sanción moratoria. Al respecto, esa Corporación ha sostenido lo siguiente:

"De acuerdo con el esquema de los cargos, el primer asunto medular materia de elucidación, desde el punto de vista estrictamente jurídico, es saber si la mera creencia del empleador, en cuanto a que el contrato que ató a las partes fue de una naturaleza diferente a la laboral, es suficiente para exonerarlo de la sanción moratoria por el incumplimiento en el pago de los salarios y prestaciones sociales a la terminación de la relación laboral .

La respuesta es no. Ello, toda vez que, como se ha enseñado reiterada y enfáticamente por demás, la absolución de esta clase de sanción cuando se discute la existencia del vínculo contractual laboral, no depende de la negación del mismo por la parte convocada a juicio al dar contestación al escrito inaugural del proceso, negación que incluso puede ser corroborada con la prueba de los mismos contratos, ni la condena de esta súplica pende exclusivamente de la declaración de su existencia que efectúe el juzgador en la sentencia que ponga fin a la instancia;

habida consideración que en ambos casos se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria que hable de las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del contrato, a fin de poder determinar si la postura de éste resulta o no fundada, lo cual depende igualmente de la prueba arrimada y no del simple comentario o afirmación de haberse regido el nexo por un contrato de prestación de servicios , para el caso de aquellos especiales a que alude el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, o de la existencia de la prueba formal de dichos convenios" [143] . (Resaltado fuera de texto).

La sentencia SU-448 de 2016 no contrapuso las tesis del Consejo de Estado con la de la Corte Constitucional, de tal forma que se advirtiera la necesidad de unificación del criterio de esta Corporación sobre cuándo procede el pago de la sanción moratoria y su relación con la naturaleza constitutiva o declarativa de la sentencia. Además, siendo este Tribunal la máxima instancia en materia de derechos constitucionales, debió realizar un análisis exhaustivo que permitiera determinar la postura que resultara más garantista al trabajador que vio vulnerados sus derechos laborales. En este caso, se logró demostrar la existencia de una verdadera relación laboral, pero a pesar de ello, sin ninguna justificación, desconociendo un principio de naturaleza constitucional y acogiendo una postura regresiva, se negó el reconocimiento del pago de la sanción moratoria, la cual debió ser reconocida desde el momento de la desvinculación, y que hace parte integral de los derechos que se derivan del contrato realidad entre las partes.

2.5. Finalmente, encuentro que las referencias jurisprudenciales de la Corte Constitucional que fueron citadas en la sentencia no se ajustan al supuesto fáctico del caso y, por lo tanto, no pueden ser considerados como precedentes adecuados sobre el contrato realidad en la administración pública.

Por ejemplo, se hizo referencia a (i) la sentencia T-286 de 2003, caso en el cual se estudió la acción de tutela instaurada por una ciudadana que reclamaba el reconocimiento de un contrato realidad por las labores prestadas al Banco Citibank, mediante convenio de asociación con la Cooperativa de Trabajadores de Colombia; (ii) la sentencia T-447 de 2008, oportunidad en la que la Corte conoció el caso de un ciudadano que trabajaba con la Empresa Promotora de Salud Famisanar, a través de la Cooperativa "Otamos Asociados"; (iii) la sentencia T-750 de 2014, donde se estudió, por un lado, el caso de una persona que solicitaba a Comfenalco Valle EPS reactivar inmediatamente la prestación del servicio de salud mientras se adelantaba un trámite administrativo de sustitución pensional y, por el otro, la tutela de un

ciudadano, cuyo empleador era la Cooperativa de Transportadores de Urabá -Cootransur-, que solicitó el reintegro laboral, el pago de las compensaciones y prestaciones sociales dejadas de percibir y la reactivación de la atención médica; y (iv) la sentencia T-345 de 2015, en la cual la Corte encontró que se configuraron los presupuestos jurídicos de un contrato realidad entre la accionante y el Instituto de Seguros Sociales, ISS, posteriormente Colpensiones.

Como se puede evidenciar, todos estos casos hacen referencia a empleadores particulares, cuyas relaciones contractuales no son equiparables a la connotación estatal del contrato que se estudió en esta oportunidad. Así, no solo se acudió a sentencias que no se ajustaban como precedente para el caso que se estudió en la sentencia SU-448 de 2016, sino que no se hizo referencia a asuntos similares que tuvieran relación con la solicitud del pago de la sanción moratoria o que analizaran los presupuestos del contrato realidad en la administración pública.

En los anteriores términos, dejo constancia de las razones por las cuales difiero de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena en la sentencia de la referencia.

Fecha ut supra , JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Magistrado [1] Sala de Selección Número Uno de la Corte Constitucional, auto del veinticinco (25) de enero de dos mil dieciséis (2016), integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa y el Magistrado Alberto Rojas Ríos.

[2] Folios 4-10, cuaderno principal. [3] Folios 11-14, cuaderno principal. [4] Folios 15-30, cuaderno principal. [5] Folios 31-70, cuaderno principal.

[6] Folios 71-74, cuaderno principal. [7] Folios 75-92, cuaderno principal. [8] M.P. José Gregório Hernández Galindo [9] Sentencia T-231 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[10] Sentencia del 8 de junio de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño. [11] Sentencia del 11 de diciembre de 2.009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez [12] Sentencia T-774 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[13] Sentencia SU-813 de 2007: Los criterios generales de procedibilidad son requisitos de carácter procedimental encaminados a garantizar que no exista abuso en el ejercicio de la acción de tutela dentro de un proceso judicial donde existían mecanismos aptos y suficientes para hacer valer el derecho al debido proceso. A juicio de esta Corporación, la razón detrás de estos criterios estriba en que “en estos casos la acción se interpone contra una decisión judicial que es fruto de un debate procesal y que en principio, por su naturaleza y origen, debe entenderse ajustada a la Constitución.” [14] Sentencia T-1240 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández: los criterios específicos o defectos aluden a los errores o yerros que contiene la decisión judicial cuestionada, los cuales son de la entidad suficiente para irrespetar los derechos fundamentales del reclamante.

[15] M.P. Jaime Córdoba Triviño [16] Sentencia T-173 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo . [17] Sentencia T-504 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[18] Ver entre otras la Sentencia T-315 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño [19] Sentencias T-008 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [20] Sentencia T-658 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz [21] Sentencias T-088 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y SU-1219 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa [22] Sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[23] Sentencia T-522 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa [24] Cfr. Sentencias T-462 de 2003; SU-1184 de 2001; T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001.

[25] Sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño. [26] Sentencia T-087 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver también, Sentencias T-193 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-1625 de 2000, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; T-522 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-462 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet;

T-292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-436 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-161 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y SU-448 de 2011, M.P.

Mauricio González Cuervo. [27] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [28] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [29] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [30] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[31] Sentencia T-607 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz. [32] Sentencia T-267 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [33] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[34] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva [35] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 55 de 18 de noviembre de 1997. Caso 11.137 Juan Carlos Abella. Argentina.

Párrafo 251 [36] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 48 de 29 de septiembre de 1998. Caso 11.403 Colombia. Carlos Alberto Marín Ramírez. Párrafo 32.

[37] Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170. Párrafo 107.

[38] SILVA GARCÍA, Fernando. Jurisprudencia Interamericana Sobre Derechos Humanos. Criterios Esenciales. Tirant lo Blanch. México D.F., 2012.

Pág. 246. [39] Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, Párrafo 120;

Caso Palamara Iribarne, supra nota 72, párr. 216; y Caso YATAMA, supra nota 86, párr. 152. Asimismo, cfr. García Ruiz v. Spain [GC], no. 30544/96, § 26, ECHR 1999-I; yEur. Court H.R., Case of H. v. Belgium, Judgment of 30 November 1987, Series A no. 127-B, para. 53.

[40] SILVA GARCÍA, Fernando. Jurisprudencia Interamericana Sobre Derechos Humanos. Criterios Esenciales. Tirant lo Blanch. México D.F., 2012.

Pág. 246 [41] SILVA GARCÍA, Fernando. Jurisprudencia Interamericana Sobre Derechos Humanos. Criterios Esenciales. Tirant lo Blanch. México D.F., 2012.

Págs. 246 – 247. [42] Corte IDH, caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, Párrafo 143 [43] Corte IDH. Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009.

Serie C No. 200, Párrafo 139; Caso Yatama, supra nota 61, párr. 152; Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo).

Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C No. 182, párr. 78 y Caso Tristán Donoso, supra nota 9, párr. 153;

Cfr. Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo), supra nota 136, párr. 90, y Caso Tristán Donoso, supra nota 9, párr. 153.

[44] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [45] Sentencia SU- 1722 de 2000. M.P. (E) Jairo Charry Rivas. Ver también la Sentencia T-352 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[46] M.P. Eduardo Montealegre Lynett. [47] Sentencia T-949 de 2003.M.P. Eduardo Montealegre Lynett [48] Sentencia T-352 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Se indicó que en la Sentencia T-949 de 2003 se había manifestado lo siguiente:

“ todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución”.

[49] M.P. Jaime Córdoba Triviño [50] Sentencia T-352 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [51] Sentencia T-352 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[52] M.P. María Victoria Calle Correa. Ver también la Sentencia T-352 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [53] Sentencia T-888 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

[54] Sentencia T-888 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa. [55] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [56] Sentencia T-967 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [57] Sentencia T-967 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [58] SU-198 de 2013, precitada, y T-636 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

[59] Sentencia T-704 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. También ver sentencias T-310 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo y T-555 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva [60] Caso en el cual también se incurriría en la causal por desconocimiento del precedente. Al respecto ver, entre muchas otras, las sentencias T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, SU-047 de 1999 y C-104 de 1993, en ambas M. P. Alejandro Martínez Caballero.

[61] Sentencia T-704 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva . También ver, las sentencia T-199 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-590 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-809 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

[62] Ver entre otras, T-522 de 2001, Manuel José Cepeda Espinosa y T-685 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. [63] Sentencia T-967 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [64] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [65] Sentencia T-209 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Ver también Sentencia C-590 de 2005. MP Jaime Córdoba Triviño.

[66] Sentencia T-209 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Ver también Sentencia C-590 de 2005. MP Jaime Córdoba Triviño. [67] Sentencia T-934 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [68] Ver, entre otras, sentencias T-958 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-346 de 2012 M.P. Adriana Guillén Arango y T-309 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[69] Cfr. Sentencia T-419 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [70] Ver, entre otras, la sentencia T-102 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[71] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. [72] Cfr. Sentencia T-214 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [73] Cfr. Sentencia T-902 del 1 de septiembre de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra [74] Cfr. sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell.

[75] Cfr. sentencia SU-1300 del 6 de diciembre de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. La Corte encontró perfectamente razonable la valoración de las pruebas que hizo el Juez Regional en la sentencia anticipada. El Juez no omitió ni ignoró prueba alguna, ni dio por probado un hecho sin fundamento objetivo. “El hecho de que el incremento patrimonial no justificado del procesado, se derivó de actividades delictivas se probó a través de la confesión de {varios testigos}, y de un conjunto concurrente de indicios, entre los cuales sobresale el hecho de que las cuentas en las cuales se consignaron la mayoría de los 23 cheques recibidos por el peticionario, fueron abiertas por él usando información falsa y

las fotocopias de las cédulas de sus empleados que aparecían en los archivos de las empresas constructoras de la familia".

[76] Cfr. sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell. [77] Cfr. sentencia T-538 del 29 de noviembre 1994 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esa oportunidad se le concedió la tutela al peticionario por la indebida apreciación que hace el juez de la conducta asumida por una de las partes, que se atuvo a la interpretación que de unos términos hizo el secretario del juzgado, que le lleva a negarle la interposición de un recurso del que depende la suerte del proceso penal.

[78] Sentencia SU-159 del 5 de marzo de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa. [79] [79] Estructura tomada de Quinche Ramírez, Manuel Fernando. "Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias". Ed. Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana, p. 188, (2012).

[80] Ver al respecto sentencias T-567 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-590 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, M.P. entre otras. [81] Cfr.

sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [82] Ver sentencia T-576 de 1993 M.P. Jorge Arango Mejía. [83] Ver, por ejemplo, la ya citada sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[84] Cfr. Sentencia T-309 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Al respecto, ver sentencia T-117 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada. [85] Cfr.

Sentencia T-902 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [86] M.P. Eduardo Montealegre Lynett. [87] M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [88] M.P.

Álvaro Tafur Galvis. [89] M.P. Alexei Julio Estrada. [90] Cfr. Sentencia T-902 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [91] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[92] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [93] M.P. Alberto Rojas Ríos. [94] Por medio de la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República.

[95] M.P. Hernando Herrera Vergara [96] M.P. José Gregorio Hernández Galindo [97] El artículo 23 del Código Laboral establece los siguientes elementos esenciales que deben estar presentes en todo contrato laboral: 1) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; 2) la subordinación o dependencia del trabajador, respecto del empleador; y 3) una contraprestación por el servicio prestado.

[98] Al respecto, ver Sentencia T-903 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [99] M.P. Clara Inés Vargas Hernández [100] Sentencia T-449 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[101] M.P. Jaime Araujo Rentería [102] M.P. Clara Inés Vargas Hernández [103] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [104] Al respecto, ver Sentencia T-903 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez [105] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [106] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva [107] MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [108] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio [109] Sentencia T-345 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[110] Al respecto esta jurisdicción se ha pronunciado en varios fallos, citados en la Sentencia de 15 de junio de 2011 Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10) proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B" Consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve.

[111] Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A" Sentencia de 17 de marzo de 2011 C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Radicación número: 68001-23-15-000-2002-02012-01(1372-09) [112] Consejo de Estado

Sección Segunda Subsección “B” Sentencia de 19 de febrero de 2009, M. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Exp. No.

2005-3074, actora Ana Reinalda Triana Viuchi. [113] El cambio jurisprudencial fue citado por el la Subsección "B" correspondiente a la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia de 13 de mayo de 2010 con ponencia de la Consejera Bertha Lucía Ramírez de Páez. Radicación número: 76001-23-31-000-2001-05650-01(0924-09) [114] ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: 1ª) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2a.) El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija.

El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.” [115] “ARTICULO 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral; (…)”.

(Resaltado fuera del texto original) [116] “ARTÍCULO 1º. El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5º y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998 (...)”.

[117] Sentencia C-823 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño. [118] Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

[119] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 21 de mayo de 2009, Radicación número: 76001-23- 31-000-2002-01586-01(2070-07), Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

[120] Consejo de Estado-Sección Segunda-Subsección B, sentencia del 12 de marzo de 2009. Ponente. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Exp. No. 1945-2007.

[121] Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 21 de mayo de 2009, Radicación número: 76001-23- 31-000-2002-01586-01(2070-07) [122] Sentencia del 27 de marzo de 2007. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo C.P. Jesús María Lemos Bustamante. Actor José Bolívar Caicedo Ruiz. Exp. No. 200002513 01.

[123] Artículo 250 . Causales de revisión . Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión: 1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados. 3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.

4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia. 5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.

6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar. 7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.

8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

[124] MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo [125] Mediante el cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, negando el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías (folios 31 a 92 cuaderno 2) [126] Sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado del dos (2) de marzo de dos mil diez (2010), C.P. Mauricio Torres Cuervo. Expediente No.

11001-03-15-000-2001-00091-01. [127] Ver las sentencias de la Corte Constitucional No.41004 del diez (10) de mayo de dos mil once (2011); 35974 del primero (1º) de marzo de dos mil once (2011); 36506 del veintitrés (23) de febrero de dos mil diez (2010); 25460 del veintiuno (21) de febrero de dos mil seis (2006); 10951 del veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998); entre otras.

[128] Ver las sentencias del Consejo de Estado No. 4669-04 del treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006) ; 3661-2003 del cuatro (4) de noviembre de dos mil cuatro (2004);

1654-2000 del veinticinco (25) de enero de dos mil uno (2001); entre otras [129] Al respecto esta jurisdicción se ha pronunciado en varios fallos, citados en la Sentencia de 15 de junio de 2011 Radicación número:

25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10) proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” Consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve.

[130] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de unificación de 19 de febrero de 2009. Expediente 73001-23-31-000-2000-03449-01 (3074-05), C.P.

Bertha Lucía Ramírez de Páez. [131] Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

[132] Betancur Jaramillo, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Sexta edición. Señal Editora. Bogotá, 2002. [133] Sentencia SU-448 de 2016 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 4.3.1.2.

[134] Sentencia SU-448 de 2016 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No., 4.3.1.3. [135] Sentencia C-781 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas, consideración jurídica No. 4 [136] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación

Laboral. Sentencia de abril 6 de 2016. 41280, M.P.

Clara Cecilia Dueñas Quevedo, Sección XVIII 5. Sentencia C-892 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, consideración jurídica No. 18 [138] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de julio 3 de 2013. SL503-2013, Radicado No. 40509 M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruíz [139] Sentencia T-480 de 2016 M.P. Alberto Rojas Ríos, párrafo 63, citando la Sentencia C-555 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz Sentencia T-426 de 2015 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, consideración jurídica No. 5 [141] Ver sentencias C-555 de 1994 y C-665 de 1998.

[142] Sentencia T-029 de 2016. [143] Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 8 de marzo de 2012. Radicación núm. 39186.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU448-16.htm
Copia de consulta hecha el 29 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.