**ACCIÓN DE TUTELA – Providencia Judicial – Síntesis**

En diciembre del 2011, el accionante presentó demanda a través de la acción de controversias contractuales contra el Departamento Administrativo de Seguridad- DAS, con la que pretendía la declaratoria de existencia de un contrato laboral con la entidad accionada; en consecuencia, solicitó se ordenara el correspondiente pago de las prestaciones sociales adeudadas; además, como pretensión subsidiaria requirió la nulidad de los contratos de prestación de servicios. (…) La Sala Segunda de Decisión Escritural del Tribunal Administrativo del Huila, manifestó que acogió los lineamientos jurisprudenciales proferidos por esta Corporación respecto a la escogencia de la acción, que para el caso consistía en la acción nulidad y restablecimiento del derecho y no la de controversias contractuales.

**INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN – Nulidad y restablecimiento del derecho – Reconocimiento de relación laboral – Pago de prestaciones sociales**

En cuanto a la acción de tutela como mecanismo para controvertir providencias judiciales, se precisa que, de manera excepcionalísima, se ha aceptado la procedencia cuando se advierte la afectación manifiesta y grosera de los derechos constitucionales fundamentales de acceso a la administración de justicia, debido proceso e igualdad. (…) frente al caso concreto, el accionante aduce que el Tribunal accionado desconoció que estaba facultado para solicitar la declaración de existencia de una relación laboral con la Administración y el consecuente pago de las prestaciones sociales, a través de las acciones de nulidad de restablecimiento derecho, caso en el cual debía solicitar debía agotar la vía gubernativa, o en uso de la de la acción de controversias contractuales, para lo cual debía solicitar la nulidad de los contratos de prestación de servicios que ocultaron la relación laboral… el fallo acusado sustenta la decisión de expedir sentencia inhibitoria en que, acorde a lo previsto en la sentencia proferida por la Sección Tercera el 23 de junio de 2010, (…) En cuanto a la acción procedente, esta Corporación ha señalado que la fuente del daño determina la acción procedente para analizar los supuestos que fundan la controversia y ésta, a su vez, determina la técnica apropiada para la formulación de las pretensiones de la demanda y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer por la vía jurisdiccional. De modo que el criterio que determina la acción procedente para requerir el presunto daño ocasionado por la administración proviene del origen del mismo, es decir, que si el daño se deriva directamente de un acto administrativo considerado ilegal, éste deberá demandarse en ejercicio de la acción de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, consagradas respectivamente en los artículos 84 y 85 del C.C.A. Contrario sensu, si la fuente del daño, proviene de la suscripción y/o ejecución de un contrato estatal, deberá acudirse a la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo… Así las cosas, concluye la Sala que, tal como lo previó la autoridad judicial accionada, el actor pretendió la declaración de una relación laboral y como consecuencia requirió que se ordenara el pago de las prestaciones sociales derivadas de aquella, no obstante dichas pretensiones no pueden ser discutidas por medio de la acción de controversias contractuales, sino por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que la litis en este caso se centra en la existencia o no de una relación laboral, pues no existe certeza sobre su existencia… Por ende, como primera medida, el accionante debió acudir a la vía gubernativa para solicitar el pago de las acreencias laborales y en caso de desacuerdo con la decisión de la Administración interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por otro lado y como consecuencia de lo anterior, la Sala estima necesario precisar que habida cuenta de que en el presente asunto, la indebida escogencia de la acción conllevó a que la autoridad judicial accionada profiriera un fallo inhibitorio, dicha circunstancia hace inocuo efectuar el correspondiente estudio y análisis de los restantes problemas jurídicos, razón por la cual la Sala se relevara de pronunciarse sobre estos.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION CUARTA**

**Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**

Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00145-00(AC)**

**Actor: NELSON FERNANDO IRIARTE VERGARA**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA**

Decide la Sala la acción de tutela presentada por Nelson Fernando Iriarte, por medio de apoderada, contra el Tribunal Administrativo del Huila, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000.

**ANTECEDENTES**

1. **Pretensiones.**

El señor Nelson Fernando Iriarte, mediante apoderada, instauró acción de tutela contra la citada autoridad judicial, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

*“PRIMERA: que se tutelen los derechos fundamentales conculcados a mi mandante, principalmente el debido proceso, que fueron vulnerados por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ESCRITURAL, y se declare la configuración de las causales de procedibilidad (sic) defecto sustantivo por interpretación errónea o irrazonable, defecto procedimental por exceso ritual manifiesto y violación directa de la constitución.*

*SEGUNDA: Conforme a lo anterior se ordene al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA para que profiera decisión de fondo con relación a los recursos interpuestos por las partes dentro del proceso 41-001-33-31-005-2011-00431-00 y de por superados los cuestionamientos relacionas con la presente acción de tutela. ”*

**2. Hechos**

Se advierten como hechos relevantes los siguientes:

En diciembre del 2011, el accionante presentó demanda a través de la acción de controversias contractuales contra el Departamento Administrativo de Seguridad- DAS, con la que pretendía la declaratoria de existencia de un contrato laboral con la entidad accionada; en consecuencia, solicitó se ordenara el correspondiente pago de las prestaciones sociales adeudadas; además, como pretensión subsidiaria requirió la nulidad de los contratos de prestación de servicios.

El 31 de marzo de 2014, el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Neiva profirió sentencia de primera instancia, en el sentido de acceder a la suplicas de la demanda, en consecuencia declaró la nulidad de los contratos de prestación de servicios y condenó a la entidad demandada a pagar las prestaciones sociales a las que el demandante tenía derecho. Decisión que fue apelada por ambas partes.

El 26 de noviembre de 2015, la Sala de Decisión Escritural del Tribunal Administrativo del Huila revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, profirió sentencia inhibitoria, al encontrar probadas de oficio las excepciones de indebida escogencia de la acción e indebida acumulación de pretensiones.

Considera la accionante que en el fallo de segunda instancia se configuró defecto sustantivo, pues la declaratoria de existencia de un contrato realidad podía ser reclamada por medio de la acción de controversias contractuales, tal como lo había señalado el mismo fallo controvertido, evento en el que debía requerirse la nulidad del contrato de prestación de servicios, tal como lo hizo en las pretensiones subsidiarias de la demanda. Por ello, afirma que no existió una indebida escogencia de la acción, pues las pretensiones eran coherentes con dicha acción.

Asimismo, aseveró que la autoridad judicial interpretó de forma errada lo previsto en el artículo 82 del Código de Procedimiento Administrativo, en cuanto a la indebida acumulación de pretensiones, puesto que, para evitar que las mismas fuesen excluyentes, las individualizó en principales y subsidiarias.

Por otro lado, adujo que la sentencia cuestionada estaba viciada por defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, toda vez que la autoridad judicial accionada no podía exigir que los cargos de la demanda estuvieran fundamentados en alguna de las causales de nulidad previstas en los artículos 44, 45 o 47 de la Ley 80 de 1993.

Finalmente, consideró que hubo una violación directa a la constitución pues la decisión del Tribunal Administrativo del Huila desconoció el principio consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, referente a la primacía de la realidad sobre las formas.

**3. Trámite previo**

En providencia del 26 de enero de 2016 se admitió la demanda, ordenó la notificación a la parte demandada y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

**4. Oposición**

La Sala Segunda de Decisión Escritural del Tribunal Administrativo del Huila, manifestó que acogió los lineamientos jurisprudenciales proferidos por esta Corporación respecto a la escogencia de la acción, que para el caso consistía en la acción nulidad y restablecimiento del derecho y no la de controversias contractuales.

En cuanto a la excesiva ritualidad del proceso sostuvo que por ser la jurisdicción contenciosa de carácter rogado, únicamente podía pronunciarse respecto de los hechos y cargos narrados en la demanda, que constituían el marco de la litis, de ahí que no fuera posible pronunciarse en cuanto a pretensiones contradictorias, ni atender conceptos de violación no explicados.

Finalmente resaltó que el error procedimental del accionante al escoger la acción le impidió proferir pronunciamiento de fondo del asunto.

**CONSIDERACIONES**

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 1° establece: «*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuandoquiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto*».

Esta acción procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el presente caso, el señor Nelson Fernando Iriarte Vergara pretende la protección del derecho fundamental al debido proceso que considera vulnerado por la decisión proferida por la Sala Segunda de Decisión Escritural del Tribunal Administrativo del Huila.

A la Corporación le corresponde estudiar si la autoridad judicial demandada con su actuación vulneró los derechos fundamentales invocados.

**Acción de tutela contra providencias judiciales**

En cuanto a la acción de tutela como mecanismo para controvertir providencias judiciales, se precisa que, de manera excepcionalísima, se ha aceptado la procedencia cuando se advierte la afectación manifiesta y grosera de los derechos constitucionales fundamentales de acceso a la administración de justicia, debido proceso e igualdad[[1]](#footnote-1).

Ahora bien, sin perder de vista que la acción de tutela es, ante todo, un mecanismo de protección previsto de manera residual y subsidiaria por el ordenamiento jurídico, que en su conjunto está precisamente diseñado para garantizar los derechos fundamentales constitucionales, la Sala adecuó su posición respecto de la improcedencia de esta acción contra providencias judiciales y acogió el criterio de la procedencia excepcional[[2]](#footnote-2).

En el mismo sentido, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 31 de julio de 2012, exp 2009-01328-01, aceptó la procedencia de la tutela contra providencia judicial, en los siguientes términos:

*“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen,* ***antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203)****, han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente. En consecuencia, en la parte resolutiva, se declarará la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.” (Subraya la Sala)*

Aún más, la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014[[3]](#footnote-3), aceptó que la acción de tutela es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por los órganos judiciales de cierre (Consejo de Estado, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura), pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, ese mecanismo puede ejercerse contra *“cualquier autoridad pública”.*

Hechas estas precisiones acerca de la excepcionalísima procedencia de la tutela contra providencias judiciales, la Sala adoptará la metodología aplicada por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para estudiar si, en un caso concreto, procede o no el amparo solicitado.

En esa sentencia la Corte Constitucional precisó que las causales genéricas de procedibilidad o requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencia judicial son:

1. *Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional;*
2. *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;*
3. *Que se cumpla con el requisito de la inmediatez;*
4. *Cuando se trate de una irregularidad procesal ésta debe tener un efecto determinante en la sentencia que se impugna y afectar los derechos fundamentales de la parte actora;*
5. *Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos que se transgredieron y que tal vulneración hubiere sido alegada en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y*
6. *Que no se trate de sentencias de tutela.*

Una vez agotado el estudio de estos requisitos, y, siempre y cuando se constate el cumplimiento de todos, es necesario determinar la existencia de por lo menos alguna de las causales especiales de procedibilidad, es decir, que la providencia controvertida haya incurrido en: a) defecto orgánico, b) defecto procedimental absoluto, c) defecto fáctico, d) defecto material o sustantivo, e) error inducido, f) decisión sin motivación, g) desconocimiento del precedente constitucional que establece el alcance de un derecho fundamental y h) violación directa de la Constitución.

En este caso, se advierte que se han superado los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por lo que la Sala procederá a hacer un análisis de fondo.

Lo anterior porque (i) se agotaron todos los medios de defensa que tenía el actor para controvertir la decisión objeto de tutela; (ii) se cumple el requisito de inmediatez, toda vez que la última providencia que se dictó en el proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue la sentencia de 26 de noviembre de 2015, y la acción de tutela fue presentada el 15 de enero de 2016, (iii) el actor identificó de manera razonable los hechos que generaron la vulneración de los derechos; (iv) la acción no se dirige contra un fallo de tutela y (v) el asunto es de relevancia constitucional, pues debe definirse si con la providencia en mención se vulneraron al demandante los derechos al debido proceso.

Corresponde a esta Sala establecer si la decisión de la autoridad judicial, consistente en proferir sentencia inhibitoria, es constitutiva de defecto sustantivo y procedimental por exceso ritual manifiesto, con la consecuente vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso del actor.

**Problema jurídico**

¿Incurrió la autoridad judicial demandada en los defectos sustancial y procedimental en la providencia controvertida?

**Defecto sustantivo**

La jurisprudencia constitucional ha considerado el defecto sustantivo como el que se configura cuando la decisión judicial se apoya en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea porque ha sido derogada, porque ella o su aplicación al caso concreto es inconstitucional o, porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se ha aplicado[[4]](#footnote-4).

En este sentido, se podría configurar un defecto sustantivo siempre que: *(i)* la decisión cuestionada se funde en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, por ejemplo, porque la norma empleada no se ajusta al caso[[5]](#footnote-5), no se encuentra vigente por haber sido derogada[[6]](#footnote-6), o ha sido declarada inconstitucional[[7]](#footnote-7); (ii) a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución Política le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos *erga omnes* que han definido su alcance; (iii) cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática[[8]](#footnote-8); (iv) cuando la norma pertinente es inobservada y, por ende, inaplicada; o finalmente, (v) en el evento en que, no obstante la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a esta, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador[[9]](#footnote-9).

Ahora bien, frente al caso concreto, el accionante aduce que el Tribunal accionado desconoció que estaba facultado para solicitar la declaración de existencia de una relación laboral con la Administración y el consecuente pago de las prestaciones sociales, a través de las acciones de nulidad de restablecimiento derecho, caso en el cual debía solicitar debía agotar la vía gubernativa, o en uso de la de la acción de controversias contractuales, para lo cual debía solicitar la nulidad de los contratos de prestación de servicios que ocultaron la relación laboral.

Por su parte, la autoridad la autoridad judicial demandada adoptó la decisión de la siguiente forma:

*“De igual manera observa la Sala, en el concepto de violación no se hace referencia a alguna causal de nulidad de los contratos celebrados con el DAS o a violación del clausulado general contractual previsto en la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes, o al incumplimiento del mismo, sino que se alude a la declaratoria de existencia de relación laboral más allá del tenor literal de los contratos de prestación de servicios que el actor celebró con la entidad demandada*

*Puesto que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es una justicia esencialmente rogada, esto es, que solo es posible examinar la procedencia de las pretensiones conforme a lo que se precise en la demanda, no procede por ejemplo, modificar o reformar la acción escogida por el actor, de tal manera que si fuere indebidamente escogida la acción lo jurídico es declararlo así mediante la figura de excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción*

*(…)*

***Una vez revisado el precedente jurisprudencial en materia de contrato realidad, encuentra la Sala que en los pronunciamientos en los que se ha accedido a la pretensiones, se ha decidido con base y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y en ese contexto, es claro que siempre existe un pronunciamiento de la administración en la que se emite una decisión de fondo de contenido particular, concreto y definitivo que afecta el derecho del peticionario y que implica necesariamente un “acto administrativo” susceptible de control ante la jurisdicción contenciosa administrativa.***

*(…) Dado que la parte demandante incurrió en una indebida escogencia de la acción, se evidencia que existe una falta de técnica que afecta el debido proceso y que impiden un pronunciamiento de fondo sobre los derechos que reclama el demandante”*

Finalmente, el referido fallo sustenta la decisión de expedir sentencia inhibitoria en que, acorde a lo previsto en la sentencia proferida por la Sección Tercera el 23 de junio de 2010, en el proceso con radicado número 1998-00129-01 (18319), Consejera Ponente: Gladys Agudelo Ordóñez, la acción procedente para reclamar el pago de prestaciones sociales derivadas de una relación laboral con la Administración, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

En este contexto, *ab initio* resulta necesario aclarar que la normatividad aplicable al proceso ordinario es el Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, comoquiera que la demanda fue interpuesta el 1 de diciembre de 2011, esto es con anterioridad de la entrada en vigencia de la Ley 1437, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que conforme a lo previsto en su artículo 308, empezó a regir el 2 de julio de 2012.

Precisado esto, debe tenerse en cuenta que el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo regula el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la siguiente manera:

***“****ARTÍCULO 85. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.”*

A su vez, el artículo 87 ibídem regula la acción de controversias contractuales de la siguiente manera:

 *“ARTÍCULO 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.*

*Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato. Texto Subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1048 de 2001*

*El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.*

*En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.”*

Así las cosas, en cuanto a la acción procedente, esta Corporación ha señalado que *“la fuente del daño determina la acción procedente para analizar los supuestos que fundan la controversia y ésta, a su vez, determina la técnica apropiada para la formulación de las pretensiones de la demanda y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer por la vía jurisdiccional (…)”[[10]](#footnote-10).*

De modo que el criterio que determina la acción procedente para requerir el presunto daño ocasionado por la administración proviene del origen del mismo, es decir, que si el daño se deriva directamente de un acto administrativo considerado ilegal, éste deberá demandarse en ejercicio de la acción de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, consagradas respectivamente en los artículos 84 y 85 del C.C.A. Contrario sensu*,* si la fuente del daño, proviene de la suscripción y/o ejecución de un contrato estatal, deberá acudirse a la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien, el accionante en el escrito de demanda señaló que interponía la demanda por medio de la acción de controversias contractuales. Igualmente, entre las pretensiones principales solicitó:

*“PRIMERA: Que en aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas se declare la existencia de una verdadera relación laboral entre LA NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS y el demandante señor NELSON FERNANDO IRIARTE VERGARA, desde el 4 de marzo de 2005, hasta el 17 de diciembre de 2009, con fundamento en los constantes y permanentes contratos de prestación de servicios suscritos entre estos*

*SEGUNDO: Que con base en lo anterior declaración y a título de indemnización se condene a LA NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS – a efectuar el reconocimiento y pago, a favor del señor NELSON FERNANDO IRIARTE VERGARA, de las sumas correspondientes a la totalidad de las prestaciones sociales a que tiene derecho, dejadas de cancelar durante todo el tiempo que se mantuvo la relación laboral, desde el 4 de Marzo de 2005 hasta el 17 de diciembre de 2009. Así:*

1. *Auxilio de cesantía*
2. *Prima de Navidad*
3. *Prima de servicios*
4. *Vacaciones*
5. *Prima de vacaciones*
6. *Prima de Riesgo*
7. *Bonificación por servicios prestados”*

Por otro lado, como pretensiones subsidiarias, requirió:

*“SUBSIDIARIAS: En la medida que se considere la ilegalidad de los contratos de prestación de servicios celebrados*

*PRIMERA: Que se declare la NULIDAD de todos y cada uno de los contratos administrativos celebrados entre LA NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS y el demandante señor NELSON FERNANDO IRIARTE VERGARA, desde el 4 de marzo de 2005, hasta el 17 de diciembre de 2009.*

*SEGUNDA: Con fundamento en lo anterior y en aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas se declare la existencia de una verdadera relación laboral entre LA NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS y el demandante señor NELSON FERNANDO IRIARTE VERGARA, desde el 4 de marzo de 2005, hasta el 17 de diciembre de 2009, con fundamento en los constantes y permanentes contratos de prestación de servicios suscritos entre estos.*

Asimismo, en los hechos de la demanda narró que suscribió varios contratos de prestación de servicios con el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, para laborar como escolta. Además, en el concepto de violación de la demanda señaló que la Administración suscribió dichos contratos para ocultar una relación laboral, por lo que solicitó la declaratoria de existencia de una relación laboral en aplicación del principio de la realidad sobre las formas y como consecuencia se ordenara el pago de las prestaciones sociales causadas de aquella. Para lo cual citó varias sentencias proferidas por la Sección Segunda, en las cuales fue aplicado aquel principio y había accedido a las pretensiones de los demandantes.

En este orden de ideas, resalta la Sala que el tribunal accionado sustentó su decisión en lo dispuesto en la sentencia proferida por la Sección Tercera el 23 de junio de 2010, en el proceso con radicado número 1998-00129-01 (18319), Consejera Ponente: Gladys Agudelo Ordóñez, que respecto a la acción adecuada en asuntos que versen sobre la aplicación del principio de la realidad sobre las formas en asuntos derivados de una relación de carácter estatal dispuso que era la de nulidad y restablecimiento del derecho, así:

*“****En pronunciamiento reciente, la Sala sostuvo que en materia de lo contencioso administrativo la fuente del daño determina la acción procedente para analizar los supuestos en los que se cimienta la controversia, y ésta, a su vez, determina la técnica apropiada en la formulación de las pretensiones de la demanda y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer por la vía jurisdiccional****, de manera que si el daño tiene origen en un acto administrativo de carácter particular y concreto, la acción procedente será la de nulidad y restablecimiento del derecho, pues resulta menester para obtener el resarcimiento del perjuicio, el pronunciamiento acerca de la anulabilidad del acto, por violación de los preceptos superiores, a efectos de desvirtuar la presunción de legalidad y veracidad que revisten tales actos jurídicos y que tornan obligatorio su cumplimiento y obedecimiento en los términos del artículo 66 del C.C.A.*

*En cuanto a la reclamación por el no pago de las prestaciones sociales a las que tiene derecho una persona en virtud de una relación laboral con la Administración, por aplicación del principio de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado lo siguiente en torno a la acción procedente para hacer efectivos los derechos conculcados:*

*“La acción pertinente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., porque lo que ha debido hacer es demandar el acto administrativo de carácter particular, expreso o ficto, que le negó el pago de las prestaciones sociales reclamadas, por transgredir el ordenamiento jurídico, a efectos de que se le restablezca el derecho lesionado y/o se le repare el daño ocasionado. Lo reclamado por la demandante corresponde definirlo a esta jurisdicción (…), por tratarse de una relación proveniente de la desnaturalización de un contrato de prestación de servicios, conforme a la orden de prestación de servicios 125, en la que la demandante era subcontratista, o, en su defecto, de la declaración de la existencia de una vinculación laboral de hecho. En el primer evento, como lo han reconocido la Corte Constitucional y esta Corporación, es posible desvirtuar el contrato de prestación de servicios cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador y en ese evento surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. En el segundo caso se trata de una vinculación totalmente irregular de un empleado público que presta sus servicios sin que exista ninguna clase de relación instrumental o jurídica, simplemente presta sus servicios con el consentimiento y la anuencia de la entidad estatal. En ambos casos la jurisdicción competente para conocer de la reclamación de las prestaciones se determina con base en las funciones que dice haber ejercido el empleado (criterio funcional) y la entidad a la cual se encontraba vinculado (criterio orgánico), para establecer si se trata de un trabajador oficial, que puede ejercitar la acción laboral ante la jurisdicción ordinaria del trabajo, o de un empleado público, caso en el cual la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la que debe definir el asunto. En el caso bajo examen se trata de una empleada que dice haber prestado sus servicios como docente del ente territorial, por lo que la demandante fungía, por criterio orgánico, como empleada pública (se subraya). ”* [[11]](#footnote-11)*.*

Así las cosas, concluye la Sala que, tal como lo previó la autoridad judicial accionada, el actor pretendió la declaración de una relación laboral y como consecuencia requirió que se ordenara el pago de las prestaciones sociales derivadas de aquella, no obstante dichas pretensiones no pueden ser discutidas por medio de la acción de controversias contractuales, sino por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que la litis en este caso se centra en la existencia o no de una relación laboral, pues no existe certeza sobre su existencia. Además, acorde con lo anotado por el actor en la demanda, no se discute sobre disensos derivados de la ejecución del contrato de prestación de servicios suscrito por las partes o la controversia respecto alguna de sus cláusulas, situación en la que es procedente la acción de controversias contractuales.

Por ende, como primera medida, el accionante debió acudir a la vía gubernativa para solicitar el pago de las acreencias laborales y en caso de desacuerdo con la decisión de la Administración interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Por otro lado y como consecuencia de lo anterior, la Sala estima necesario precisar que habida cuenta de que en el presente asunto, la indebida escogencia de la acción conllevó a que la autoridad judicial accionada profiriera un fallo inhibitorio, dicha circunstancia hace inocuo efectuar el correspondiente estudio y análisis de los restantes problemas jurídicos, razón por la cual la Sala se relevara de pronunciarse sobre estos.

En consecuencia, no se advirtió la existencia de alguna causal de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial y, por lo tanto, esta Sala negará por improcedente el amparo solicitado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**F A L L A**

1. **NIÉGASE** la solicitud de tutela instaurada por el señor Nelson Fernando Iriarte Vergara en contra del Tribunal Administrativo del Huila.
2. En caso de no ser impugnada la presente providencia, envíese a la Corte Constitucional para su eventual Revisión.
3. Notifíquese a las partes por el medio más expedito posible.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**

Presidenta de la Sección

**HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS**

**CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ**

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**

Con salvamento de voto

**CON SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO JORGE RAMIRO RAMÍREZ RAMÍREZ**

Con el respeto debido, me permito salvar el voto en la providencia de la referencia, por las razones que paso a exponer:

**1.** Mediante el ejercicio de la acción de tutela, el señor Nelson Fernando Iriarte Vergara pidió que se dejara sin valor ni efectos jurídicos la providencia del 26 de noviembre del 2015, dictada por el Tribunal Administrativo del Huila, que revocó la sentencia de 31 de marzo del 2014, dictada por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Neiva, y en su lugar, declaró probada la excepción de indebida escogencia de la acción, dentro del proceso de controversias contractuales que inició el accionante en contra del entonces DAS.

**2.** En la decisión de la cual me apartó, se negó el amparo constitucional solicitado, por considerar que efectivamente se presentó una indebida escogencia de la acción, ya que se buscaba la declaratoria de la existencia de una relación laboral y el pago de los derechos derivados de la misma, para lo cual, debía provocarse el pronunciamiento de la entidad, y luego, en caso de que la decisión resultara desfavorable, solicitar su nulidad, y pedir el restablecimiento del derecho a que hubiera lugar.

**3.** En el caso propuesto, el Tribunal Administrativo del Huila determinó que las pretensiones de la demanda debieron ser invocadas en una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, previo pronunciamiento de la administración, y no en una de controversias contractuales, porque los argumentos en que se sustentaban las pretensiones no daba cuenta de controversias de índole contractual, sino cuestiones propias del juicio de nulidad de los actos administrativos, esto es, los elementos de la relación laboral.

**4.** Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, a mi juicio, la autoridad judicial demandada incurrió en el *defecto por violación directa de la constitución* que se le imputa en la demanda de tutela, con lo que vulneró el derecho fundamental al debido proceso del accionante, por lo siguiente:

*4.1.* Los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia son garantías de orden constitucional que comportan la obligación de interpretar las normas procesales como instrumentos puestos al servicio del derecho sustancial y, sobre todo, como instrumentos jurídicos tendientes a permitirle a la autoridad competente resolver de fondo los asuntos sometidos a su consideración. Esto, por disposición del principio *pro actione*, al cual se refirió la Corte Constitucional desde sus primeros fallos *–Sentencia T–538 de 1994–,* hasta sus decisiones de constitucionalidad más recientes *–Sentencias C–012 de 2010 y C – 531 de 2015–.*

Lo dicho, impone por regla general, la necesidad de adoptar la interpretación normativa que tome en cuenta el espíritu y finalidad de las instituciones procesales y, sobre todo, la que resulte más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales y los principios constitucionales.

Habría que agregar que el derecho a la protección judicial efectiva que consagra el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vinculante como parte del Bloque de Constitucionalidad –*artículo 93 de la Constitución*–, impone al Estado la obligación de garantizar, primero, que las autoridades competentes decidan sobre los derechos de toda persona que interponga un recurso judicial –*entiéndase una demanda o el ejercicio del derecho de acción–,* y, segundo, que se desarrollen las “*posibilidades de recurso judicial*”, esto es, la efectividad de los recursos judiciales de la jurisdicción interna[[12]](#footnote-12), relacionada de forma directa con la tutela judicial efectiva y la garantía de derechos ciudadanos.

*4.2.* Lo anterior permite afirmar que la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Huila, contenida en la sentencia del 26 de noviembre del año 2015, obstaculiza la tutela judicial efectiva de los derechos del accionante y desconoce el principio constitucional de primacía del derecho sustantivo –artículo 228 C.P.–, porque sacrifica una decisión de fondo para darle prevalencia a aspectos eminentemente formales o sustanciales, que sea de paso decirlo, no fueron advertidos por el juez natural al momento de examinar la admisibilidad de la demanda presentada, ni cuestionados por la vía del recurso de reposición interpuesto contra el auto admisorio, y que además, fue superado en la sentencia de primera instancia.

Además, se puede afirmar que el fallo restringe la efectividad de los medios de control de la actividad de la administración –recursos judiciales–, ya que condiciona sus efectos a la “técnica para demandar” las pretensiones, sin hacer mayor consideración al respecto y desconociendo que la demanda ya había sido admitida, y por tanto, que no se le permitió al accionante adecuarla a dicha técnica argumentativa.

Por otra parte, se advierte que el proceso judicial *sub examine* se adelantó con observancia de las etapas procesales correspondientes, que se garantizó el derecho de defensa las partes y, sobre todo, que se aportaron medios de prueba tendientes a demostrar los elementos constitutivos de la relación laboral, al punto de que el juez natural de primera instancia accedió a las pretensiones del actor. En consecuencia, lo procedente era privilegiar un pronunciamiento de fondo.

*4.3.* La Corporación demandada consideró que la parte demandante no invocó causal alguna de nulidad del contrato de prestación de servicios (fl. 44) y, con fundamento en esto, llegó a la conclusión que no se “argumentó” debidamente la demanda de controversias contractuales, sin embargo, pasó por alto el hecho que el cuestionamiento que invocó el accionante tenía como fundamento el artículo 53 de la Constitución Política, específicamente, el principio de primacía de la realidad en material de contratos de índole laboral o de trabajo.

**5.** Sin desconocer que el juez de segunda instancia conserva la competencia para pronunciarse de oficio en casos como el presente, estimo que este punto es de mayor relevancia constitucional, si se tiene en cuenta que para la fecha, al demandante le precluyó la oportunidad para exigirle a la administración el reconocimiento de la relación laboral, según el precedente aplicable y vigente[[13]](#footnote-13), porque ya operó la prescripción de sus derechos laborales, de allí que pueda sostenerse que la carga que se le impone al accionante es imposible de cumplir o, lo que es lo mismo, no tendrá efecto alguno frente a la efectividad de sus derechos del trabajo.

**6.** Teniendo en cuenta lo anterior, considero que la decisión demandada también adolece de un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, pues utilizó los procedimientos judiciales como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y, por ende, a un acto constitutivo de denegación de justicia, que se materializa en el hecho que el señor Iriarte Vergara no pudo exigir sus derechos ante el juez de las controversias contractuales, y actualmente no podrá hacerlo ante el juez de nulidad y restablecimiento del derecho, según se explicó en el párrafo precedente.

**7.** Así las cosas, considero que debió concederse el amparo constitucional solicitado.

Fecha *ut supra*

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**

1. Ver entre otras, sentencias de 3 de agosto de 2006, Exp. AC-2006-00691, de 26 de junio de 2008, Exp. AC 2008-00539, de 22 de enero de 2009, Exp. AC 2008- 00720-01 y de 5 de marzo de 2009, Exp. AC 2008-01063-01. [↑](#footnote-ref-1)
2. Entre otras, ver sentencias de 28 de enero de 2010 (Exp. AC-2009-00778); de 10 de febrero de 2011 (exp AC-2010-1239) y de 3 de marzo de 2011 (Exp. 2010-01271). [↑](#footnote-ref-2)
3. Expediente: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Demandante: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. Demandado: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN PRIMERA. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver sentencia T-784 de 2000 de la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver sentencias T-008 de 1998 y T-189 de 2005 de la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver sentencia T-205 de 2004 de la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ver sentencias T-804 de 1999 y T-522 de 2001 de la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consultar sentencias T-694 de 2000 y T-807 de 2004 de la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011, exp. 26.758, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-10)
11. Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 15 de marzo de 2007, expediente 1487 [↑](#footnote-ref-11)
12. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Casos: Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4; Godínez Cruz Vs. Honduras. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5; Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75; Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272; y Duque vs. Colombia. sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, entre otros. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. Sentencia del 9 de abril del 2014. Expediente Número: 20001-23-31-000-2011-00142-01 (013113) C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. [↑](#footnote-ref-13)