**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Alcance - Presunción**

Dicha normatividad contempló una presunción iuris tantum, al establecer que en ningún caso estos contratos- entiéndase contratos de prestación de servicios- generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales. Las presunciones generan una de dos situaciones: quien alega la presunción para fundar su derecho desplaza la carga de la prueba en cabeza de su adversario o bien que quien alega la presunción le niegue a su adversario por entero la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo. (…) Así las cosas, la presunción contenida en el artículo transcrito al no tener el carácter de ser iuris et de iure, es decir, de pleno derecho, puede ser controvertida y desvirtuada, de tal manera que, en asuntos como el presente, quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicio, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber de acreditar los elementos configurativos de la relación laboral en especial, la subordinación a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contrato estatal recae.

**SUBORDINACIÓN - Naturaleza - Labores de vigilancia**

Tratándose de la labor de vigilancia, es pertinente indicar que esta Corporación ha considerado que «la función de celaduría no posee ningún nivel de autonomía e independencia que caracteriza el contrato de prestación de servicios, por el contrario, en esta clase de actividades el elemento asociado a la subordinación salta a la vista, pues el vigilante no puede decidir en qué lugares presta el servicio ni tampoco en que horarios, mucho menos se encuentra facultado para ausentarse del lugar de trabajo sin permiso.» En igual sentido, esta subsección determinó en un caso de similar naturaleza que la subordinación y la dependencia se encuentran ínsitas en la labor que desarrollan los vigilantes o celadores, es decir, son consustanciales al servicio de cada entidad. Además, «si una persona presta servicios como vigilante - celador resulta inadmisible afirmar que realiza actividades temporales e independientes, siendo que la labor contratada por la entidad exige que se brinde el servicio de seguridad en forma permanente para poder funcionar con total tranquilidad.»

**RELACIÓN LABORAL - Existencia - Reconocimiento - Pago de prestaciones sociales**

Sea lo primero en indicar que, mediante la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 –radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01-, la Sección Segunda de esta colegiatura, unificó el criterio en el sentido de precisar que los reconocimientos o pagos que surgen de la declaratoria de la relación laboral, en los casos de primacía de la realidad sobre las formalidades, se conceden a título de restablecimiento del derecho. (…) Frente al restablecimiento del derecho, según los términos de la referida sentencia de unificación, está definido por el reconocimiento de «las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales». Así mismo, debe tenerse en cuenta que las prestaciones sociales que dejó de percibir el contratista y que habrán de reconocerse en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, serán aquellas consagradas en la ley.

**RELACIÓN LABORAL - Prescripción extintiva**

La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la ley, es decir, que para reclamar los derechos que se consideran adquiridos se debe respetar el lapso establecido para el efecto, so pena de perderlos. (…) Conforme a la anterior normativa, los derechos salariales y prestacionales consagrados a favor del empleado prescriben en tres años, contados desde la fecha en que se hacen exigibles. Igualmente, el simple reclamo escrito del empleado ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

**SERVICIOS DE VIGILANCIA - Prestación - Ejercicio de una actividad permanente**

La prestación de los servicios de vigilancia implica el ejercicio de una actividad permanente, como quiera que, es deber las entidades o establecimientos públicos y con mayor razón, si son del sector educativos, garantizar la seguridad de las personas que concurren a las mismas, así como también, de los bienes muebles y enseres que sean de propiedad del ente respectivo y con los cuales, facilita la prestación de los servicios para los cuales fueron creados. Y es que en tratándose de centros o establecimientos educativos, tiene un mayor compromiso respecto del cuidado y seguridad del personal estudiantil, especialmente, cuando estos se encuentran dentro de sus instalaciones, de allí que, los daños causados a los discentes le son imputables al centro estudiantil, en tanto es garante de la vida e integridad de los alumnos a su cargo, pudiéndose configurar una falla del servicio por omisión en el deber de custodia y atendiendo la posición de garante que ostentan estos establecimientos respecto de los estudiantes ; por ello, la labor de vigilancia se entiende consustancial a la función educativa que prestan los colegios, habida cuenta de su importancia para garantizar el servicio en óptimas condiciones y cumplir con su posición de garante frente a los escolares.

**PRESTACIONES SOCIALES - Existencia - Prescripción extintiva - Discontinuidad en las labores ejecutadas**

Observa la Sala que en lo atinente al objeto contractual pactado, existe una marcada diferencia entre el contrato No 460 de 2013 y todos los anteriores suscritos por las partes, toda vez que, respecto de los primeros el objeto se ciñó a la prestación de servicios de conserje y vigilancia, mientras que en este último, el objeto se circunscribió a la realización de actividades de apoyo operativo y asistencial en uno de los establecimientos educativos, cuyas actividades se relacionaron con la organización de los espacios locativos de tal manera que no conllevó al ejercicio de labores de custodia, cuidado y seguridad propio del rol de vigilancia. Así las cosas, no resulta posible extender a dicho objeto contractual la subordinación que se predica de las labores de vigilancia, por lo tanto, era deber de la parte actora acreditar respecto de la realización de actividades de apoyo operativo y asistencial, que las mismas fueron ejecutadas bajo el componente de subordinación, presupuesto que no fue acreditado en el procesos respecto del contrato 460 de 2013, en consecuencias, no procede la declaratoria de la relación laboral y el consecuente reconocimiento de las prestaciones sociales respecto del periodo correspondiente a dicho contrato.

**RELACIÓN LABORAL - Declaratoria de existencia - Procedente**

En cuanto a la pretensión de la declaratoria de existencia de relación laboral solicitada por la parte actora, se observa que el Tribunal Administrativo de Risaralda en la parte motiva de la sentencia señaló de manera inequívoca que «(…) cuando el demandante desarrolló sus labores como Vigilante (sic) bajo la figura de contratos de prestación de servicios, lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral…». Sin embargo, la parte resolutiva no contiene decisión alguna acerca de tal pretensión, sino que, de manera directa procedió al reconocimiento prestacional, por lo que se hace necesario que en esta instancia se adicione el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia a fin de proceder a la declaratoria de la relación laboral acreditada.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03803-00(AC)**

**Actor: LADY PAOLA VALENCIA POSOS**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RISARALDA**

Decide la Sala la acción de tutela interpuesta por la señora Lady Paola Valencia Posos, en contra del Tribunal Administrativo de Risaralda, de acuerdo con el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000.

1. **ANTECEDENTES**

El 12 de diciembre del 2016, Lady Paola Valencia Posos, por conducto de apoderado instauró acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Risaralda, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, y a la igualdad.

1. **Hechos:**

El señor apoderado de la accionante narró los hechos que a continuación se resumen:

* 1. La señora Valencia Posos estuvo vinculada con el municipio de Pereira mediante contratos de prestación de servicios desde el 1 de enero de 2002 hasta el 28 de septiembre de 2006.
  2. El 22 de octubre de 2010 radicó un derecho de petición ante la alcaldía del municipio de Pereira, por medio del cual solicitó que en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas fuera reconocida la relación laboral que entabló con la mencionada entidad.
  3. La anterior petición fue resuelta de manera desfavorable mediante oficio 30136 de 2 de noviembre de 2012.
  4. El 11 de marzo de 2013 presentó acción con pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho contra la anterior decisión, la cual fue conocida en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Pereira.
  5. En providencia de 19 de septiembre de 2014 se acogieron las pretensiones de la demanda.
  6. El municipio de Pereira presentó recurso de apelación y en sentencia de 1 de noviembre de 2016 se revocó la anterior decisión y se declaró de oficio la excepción de prescripción y como consecuencia de lo anterior se negaron las pretensiones de la demanda.

1. **Fundamentos de la acción**

Como fundamento de la presente acción de tutela invocó los artículos 29, 228, 229 y 13 de la Constitución Política. En relación con las causales específicas de procedencia invocó el desconocimiento del precedente jurisprudencial y la violación directa de la Constitución Política.

1. **Pretensiones**

Por medio de la acción se busca la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad, y concretamente pretende que se revoque la sentencia de 31 de octubre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda dentro del proceso con radicado 66001-33-33-004-2013-00109-01, y que se le ordene a dicha entidad que proceda a redactar una nueva providencia en la que se abstenga de declarar probada la excepción de prescripción.

1. **Intervenciones**

# Una vez avocado el conocimiento de la presente acción mediante auto del 16 de diciembre de 2016, se ordenó notificar al Tribunal Administrativo de Risaralda como accionado y al municipio de Pereira como tercero interesado.

**El magistrado ponente de la decisión de primera instancia,** contestó la presente acción de tutela y se opuso a las pretensiones de la misma, para lo cual adujo que en la sentencia de 31 de octubre de 2016 se acogió la posición del Consejo de Estado contenida en la sentencia de 16 de junio de 2016 y que por lo tanto no se puede predicar el desconocimiento del precedente o la violación directa de la Constitución Política.

**Por su parte el municipio de Pereira** solicitó que se nieguen las pretensiones de la acción de tutela, para lo cual manifestó que comparte el pronunciamiento realizado por el tribunal Administrativo de Risaralda.

1. **CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86 de la Constitución Política, «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, cuando quiera 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».

Este mecanismo fue concebido por el constituyente para la protección inmediata, oportuna y adecuada, ante situaciones de amenaza o vulneración, de los derechos fundamentales, por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos concretos y excepcionales.

La acción, sin embargo, es subsidiaria a otras herramientas judiciales que permitan proteger los derechos fundamentales del tutelante, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

* + 1. **Problema jurídico**

Le corresponde a la Sala determinar si la autoridad judicial demandada vulneró los derechos de la accionante al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, y a la igualdad al haber revocado la sentencia de 19 de septiembre de 2014, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito judicial de Pereira y haber declarado la excepción de prescripción en la decisión adoptada el 31 de octubre de 2016.

* + 1. **La acción de tutela contra decisiones judiciales**

En términos generales y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional vigente[[1]](#footnote-1), aceptada mayoritariamente por la Sala Plena de esta Corporación[[2]](#footnote-2), es posible acudir al recurso de amparo para obtener la protección material de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por decisiones judiciales. Ello atendiendo a que el ejercicio de la judicatura, como cualquier rama del poder en el Estado democrático, supone la absoluta sujeción a los valores, principios y derechos que la propia Constitución establece; y en esa perspectiva, cualquier autoridad investida de la potestad de administrar justicia, sin importar su linaje, es susceptible de ser controlada a través de ese mecanismo constitucional cuando se desbordan los límites que la Carta le impone.

Ahora bien, siendo la tutela una acción de carácter excepcional y residual, supone el cumplimiento de ciertas exigencias por parte de quien pretende la protección de sus derechos, en tanto que el ejercicio natural de la jurisdicción se inscribe dentro de procedimientos destinados a la eficacia de los mismos y en esa medida las irregularidades que allí surjan son subsanables en el contexto del proceso. De ahí que la Corte Constitucional estructurara, después de años de elaboración jurisprudencial, los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, que tienen como propósito garantizar el delicado equilibrio entre el principio de seguridad jurídica, la autonomía e independencia de los jueces para interpretar la ley y la necesidad de asegurar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales fundamentales.

De tal suerte, que se erigieron como requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales:

«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. 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**.** 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. 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. 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. 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. 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»[[3]](#footnote-3).

De acuerdo con lo anterior, son requisitos para que proceda el estudio de una acción de tutela contra una providencia judicial los siguientes: i) deber del actor de precisar los hechos y las razones en que se fundamenta la acción, ii) deber del actor de cumplir con el requisito de subsidiariedad de la acción, al no contar o haber agotado todos los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios a su alcance para la protección de sus derechos fundamentales en sede del juez natural, iii) cumplir con el requisito de inmediatez de la acción, y, finalmente, iv) acreditar que el asunto es de evidente relevancia constitucional.

En segundo lugar, al citar la sentencia C-590 de 2005, de la Corte Constitucional, indicó que son requisitos o causales especiales, para que proceda la acción en el caso concreto, que esta adolezca de alguno de los siguientes defectos: i) defecto orgánico, ii) defecto procedimental, iii) defecto fáctico, iv) defecto material o sustantivo, v) defecto por error inducido, vi) defecto por falta de motivación, vii) defecto por desconocimiento del precedente y viii) defecto por violación directa de la Constitución[[4]](#footnote-4).

La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales es excepcional, de allí que la interpretación de los requisitos generales y de los defectos específicos en la providencia, deba ser restrictiva.

**2.1.-** En el presente caso, advierte la Sala que pretensión de amparo constitucional cumple con los requisitos generales diseñados por la jurisprudencia, que habilitan su interposición.

**2.1.1.** En efecto, esta Sala considera que los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados se encuentran plenamente individualizados.

**2.1.2.** Así mismo se encuentra que la providencia objeto de tutela carece de recursos ordinarios y extraordinarios para obtener el amparo constitucional.

**2.1.3.** Se advierte igualmente que la interposición del mecanismo constitucional se dio en un lapso «razonable y proporcionado», contado desde la fecha de expedición de las decisiones cuestionadas (31 de octubre de 2016) hasta la radicación de la acción de tutela en la Secretaría General de esta Corporación (12 de diciembre de 2016).

**2.1.4.** Finalmente el asunto a resolver es de marcada relevancia constitucional, en la medida que se centra en establecer una presunta violación *ius fundamental* como consecuencia del supuesto desconocimiento del precedente y de la violación directa de la Constitución Política.

A continuación se entrará a analizar cada uno de los cargos endilgados a la providencia de 31 de octubre de 2016.

* + 1. **Análisis de los cargos expuestos por la parte accionante.**

A continuación se procederá a realizar el estudio de cada uno de los presentados:

* 1. **Desconocimiento del precedente.**

Esta Corporación ha sostenido[[5]](#footnote-5) que la vulneración del principio de igualdad[[6]](#footnote-6), en casos que se relacionan con providencias judiciales, o que tienen como fundamento una o más decisiones judiciales, se relaciona, necesariamente, con el principio de cosa juzgada, con la estabilidad jurídica que garantiza el sistema judicial y, de paso, con los intereses de las demás personas que intervinieron durante el trámite judicial.

El elemento imprescindible para establecer si con ocasión de una decisión judicial se vulneró el derecho-principio de igualdad en un caso concreto, por regla general, es el precedente judicial. En virtud de este toda persona tiene derecho de recibir un trato igualitario por parte de los funcionarios judiciales; esto es, de obtener una decisión (providencia) semejante a la que se adoptó en otros procesos con fundamentos fácticos similares.

Así pues, solo puede plantearse la transgresión del precedente si se demuestra: (i) la existencia de una o varias decisiones judiciales que guardan identidad fáctica y jurídica con el caso en que se solicita su aplicación (existencia del precedente); (ii)que tales decisiones (precedentes) eran vinculantes para la autoridad judicial demandada, tanto por ser el precedente vigente, como por tener la fuerza vinculante suficiente (precedente vinculante[[7]](#footnote-7)); (iii) que la decisión judicial que se cuestiona en sede de tutela es contraria al precedente vinculante (contradicción con el precedente vinculante), (iv) y que el juez de instancia no presentó una justificación razonable para apartarse del precedente vinculante (inexistencia de justificación razonable para separarse del precedente).

* + 1. **El caso concreto.**

En el caso concreto el señor apoderado de la parte actora invocó diferentes sentencias en las que se sostuvo que los derechos a la seguridad social son irrenunciables. Sin embargo, no puso de presente cuales precedentes fueron inobservados o cómo es que en la controversia resuelta por el tribunal Administrativo de Risaralda se ventilaron casos con identidad fáctica y jurídica.

# Por el contrario, el Tribunal Administrativo de Risaralda fundamentó su decisión en la sentencia proferida por esta corporación de 16 de junio de 2016. Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que esta misma corporación en sentencia de 25 de agosto de 2016 se pronunció respecto del fenómeno de la prescripción cuando se trata del contrato realidad, y en la cual se señaló lo siguiente:

«En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el  **régimen prestacional de los empleados públicos,** según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.

Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social.

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

Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios»[[8]](#footnote-8).

En atención a lo anterior, no se puede predicar el desconocimiento del precedente.

* 1. **De la violación directa de la Constitución Política**

La Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela procede contra providencias judiciales cuando se trate de violación directa de la Constitución, cuando con una providencia se afecten de manera directa derechos fundamentales bien porque se deja de aplicar una norma *iusfundamental* al caso concreto, o porque se aplicó la ley al margen de la Constitución. Además, se considera que se ha presentado la violación directa de la Constitución cuando en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional y cuando el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente:

«Esta Corporación, en su jurisprudencia, ha precisado que el defecto de la violación directa de la Constitución es una causal de tutela contra providencia judicial que se origina en la obligación que les asiste a todas las autoridades judiciales de velar por el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 4° de la Carta Política, según 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”.

(…)

Con posterioridad a las decisiones antes citadas, la Corte, en la Sentencia T-949 de 2003, al revisar el caso de una providencia proferida en un proceso penal en el que se había condenado erróneamente a una persona que había sido suplantada, reiteró lo relativo a los defectos sustantivo, fáctico, procedimental y orgánico, e incluyó como una causal de procedibilidad de la acción de tutela de carácter independiente y autónoma, el defecto derivado del desconocimiento de una norma constitucional aplicable al caso concreto. En esta oportunidad dijo la Corte:

“(…) 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”.

Finalmente, la anterior interpretación se consolidó en la Sentencia C-590 de 2005, en la que la Corte al estudiar una acción pública de inconstitucionalidad contra la disposición del Código de Procedimiento Penal, que aparentemente proscribía la acción de tutela contra fallos dictados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, incluyó definitivamente la violación directa de la Constitución como un defecto autónomo que justifica la procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Al respecto sostuvo el Alto Tribunal de lo Constitucional:

“(…) la violación directa de la Constitución opera en dos circunstancias: uno (i), cuando se deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto, dos (ii), al aplicar la ley al margen de los dictados de la Constitución”.

La jurisprudencia constitucional también ha sostenido que procede la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución cuando: “(a) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y (c) el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución. En el segundo caso, el juez debe tener en cuenta en sus fallos, que con base en el artículo 4 de la C.P, la Constitución es norma de normas y que en todo caso en que encuentre, deduzca o se le interpele sobre una norma que es incompatible con la Constitución, debe aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad.”

Esta última hipótesis se presenta cuando la autoridad pública encargada de la aplicación de una norma jurídica, en casos concretos y con efectos únicamente referidos a éstos, establece la incompatibilidad entre la norma llamada a ser empleada y la preceptiva constitucional. Aquí no está de por medio la definición por vía general del ajuste de un precepto a la Constitución, lo cual es propio de la providencia que adopte el tribunal competente al decidir sobre el proceso iniciado como consecuencia de acción pública de inconstitucionalidad o la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra los actos administrativos adelantada ante el Consejo de Estado, sino la aplicación de una norma legal o de otro orden a un caso singular.

En este sentido, el funcionario público encargado de la ejecución de una ley o un acto administrativo, tiene la obligación de inaplicarlos cuando en el caso concreto resulte abiertamente contrario a la Carta Política y más aún a los derechos fundamentales en ella contenida»[[9]](#footnote-9).

* + 1. **El caso concreto.**

En la demanda de tutela tampoco se señaló que con la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda se vulneraron de manera directa los artículos 48 y 53 de la Constitución Política pues la seguridad social es imprescriptible y en estricto sentido hizo referencia a los derechos pensionales.

Esta Sala le encuentra razón a la parte accionante. En efecto, en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 se señaló lo siguiente respecto de la prescripción de aportes a pensión:

«Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

La interpretación precedente obedece a los siguientes mandatos superiores:

i) El derecho a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales (entre estos, el derecho a la pensión), que se orienta a que las prerrogativas reconocidas en las preceptivas que rigen la relación entre empleadores y trabajadores no se modifiquen en perjuicio de estos últimos, por cuanto tienen relación directa con el mejoramiento constante del nivel de vida y la dignidad humana.

ii) El principio *in dubio pro operario*, conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

iii) El derecho constitucional fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, en virtud del cual el Estado debe propender por un trato igualitario para todos aquellos que prestan (o han prestado) sus servicios al Estado bajo una verdadera relación laboral, cualquiera que sea su denominación (servidor público o contratista), a quienes habrá de protegerse especialmente la posibilidad de acceder a un derecho pensional.

iv) El principio de no regresividad, que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo»[[10]](#footnote-10).

De lo anterior se desprende que en efecto los aportes a pensiones son imprescriptibles y que en estricto sentido la actora tendría derecho a que así se reconozca en caso de que se encuentre plenamente acreditado en el expediente que existió una relación laboral.

A partir de lo anterior, en principio habría que concluir que las pretensiones deben ser negadas por la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, ya que al tratarse de un derecho imprescriptible, la parte accionante bien podría proceder a solicitar nuevamente que se tenga en cuenta el período en que existió un vínculo laboral con el Municipio de Pereira para efectos de los aportes a pensiones. Sin embargo, esta Sala procederá a ordenar que se profiera una nueva sentencia en la que se analice si en efecto se presentaron los elementos de un contrato realidad, para posteriormente y en caso de que el anterior interrogante se absuelva de manera positiva, proceder a ordenar que se realicen los aportes faltantes, por economía procesal y por la especial relevancia constitucional de los derechos a la seguridad social.

En atención a lo anterior, se ordenará que se reexamine el caso, y que se profiera una nueva sentencia en la que se tenga en cuenta la imprescriptibilidad de los aportes a pensiones.

De esta manera, si los elementos de la relación laboral se encuentran plenamente acreditados, se deberá ordenar que se tome el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, aportar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

1. **DECISIÓN**

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

# **FALLA**

1. **AMPÁRANSE** los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, y a la igualdad de la señora Lady Paola Valencia Posos. En consecuencia,
2. **DÉJASE SIN EFECTOS** la sentencia de 31 de octubre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda dentro del proceso promovido por Lady Paola Valencia Posos contra el municipio de Pereira.
3. **ORDÉNASE** al Tribunal Administrativo de Risaralda que dentro de los veinte (20) días posteriores a la fecha de notificación de la presente sentencia, profiera una nueva decisión, de conformidad con los lineamientos a que se ha hecho referencia en la parte motiva de la presente providencia.
4. **NOTIFÍQUESE** por cualquier medio expedito.

# **LÍBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, para los fines ahí contemplados.

# **DE NO SER IMPUGNADA,** dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**Cópiese, notifíquese y cúmplase**

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

En comisión de servicios

1. Corte Constitucional, sentencia C – 590 de 8 de junio de 2005, magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de 31de julio de 2012, radicación número: 11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ), consejero ponente: María Elizabeth García González. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, sentencia C – 590 de 8 de junio de 2005, magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-3)
4. Estos defectos, para la Corte Constitucional, «tocan con la procedencia misma del amparo», en los términos del fundamento jurídico 23 de la sentencia C-590 de 2005. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 23 de abril de 2014, radicación 11001-03-15-000-2013-02625-00, consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez, Ramírez. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional, sentencia T-644 de 9 de noviembre de 1998, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz; y Corte Constitucional, sentencia T-670 de 9 de septiembre de1999, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. [↑](#footnote-ref-6)
7. La fuerza vinculante del precedente puede provenir, en principio, de su expreso reconocimiento legal o jurisprudencial. Corresponden a la primera especie las sentencias de unificación de jurisprudencia, de que trata el Artículo 270 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual dispone que, *“Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”*. Corresponden a la segunda especie, aquellas providencias que, sin ser sentencias de unificación en el sentido de la disposición precedente, unifican las tesis divergentes, respecto de un asunto de derecho, en un órgano determinado. Estas últimas se caracterizan no solo por resolver el asunto bajo examen sino, primordialmente, por definir una subregla *jurisprudencial* con vocación de futuro; esto último no obsta para que dicha subregla se modifique con el tiempo. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, expediente 008-2015, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Constitucional, sentencia SU 918 de 5 de diciembre de 2013, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, expediente 008-2015, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. [↑](#footnote-ref-10)