

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Quibdó, cuatro (4) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Sentencia No. 34

RADICACIÓN NÚMERO:	27001-23-31-002-2010-00773-01
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	RUBIELA GIRALDO OSORIO
DEMANDADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL
REFERENCIA:	CUMPLIMIENTO DE ORDEN DE TUTELA

Cuando el Ponente de la decisión se disponía a ordenar la circulación del proyecto de fallo con arreglo a lo dispuesto por los Jueces de Tutela, la señora apoderada de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional formuló recusación contra el conductor del proceso; ello dio lugar a la suspensión *ipso facto* del trámite procesal -artículo 145 del C. G. del P.-; superado dicho trámite, la Sala pasa a cumplir las decisiones del Honorable Consejo de Estado, Corporación que en sus competencias como Juez Constitucional, pulverizó la Sentencia 185 del 11 de diciembre de 2014, por medio de la cual, este Tribunal desató la apelación interpuesta por la parte demandada contra la Sentencia No. 178 del 31 de agosto de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Quibdó; y como las órdenes impartidas por los jueces constitucionales se han de cumplir, se trata entonces de acatar las órdenes impartidas por:

*Artículo 145. Suspensión del proceso por impedimento o recusación. El proceso se suspenderá desde que el funcionario se declare impedido o se formule la recusación hasta cuando se resuelva, sin que por ello se afecte la validez de los actos acaudados con anterioridad.*

*Cuando se hubiere señalado fecha para una audiencia o diligencia, esta sólo se suspenderá si la recusación se*

- a. la Sentencia del 16 de diciembre de 2015<sup>2</sup> (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ; Sentencia del 16 de diciembre de 2015, Referencia: Acción de Tutela. Radicado: 11001-03-15-000-2015-01583-00, Accionante: Nación - Ministerio de Defensa Nacional, Accionado: Tribunal Administrativo del Chocó, Tema: Tutela contra Providencia Judicial, Violación Directa de la Constitución, Principio *Non reformatio in pejus*. Decisión: Se Accede al Amparo Solicitado, Fallo de Primera Instancia).
- b. la Sentencia del de marzo 3 de 2016<sup>3</sup> (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO; Sentencia de marzo 3 de 2016, Expediente No. 11001-03-15-000-2015-01583-01, Actor: Nación - Ministerio de Defensa Nacional, Demandado: Tribunal Administrativo del Chocó, Acción de Tutela - Fallo de Segunda Instancia).
- c. la Sentencia del 10 de febrero de 2016. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ; Sentencia del 10 de febrero de 2016, Acción: Tutela (segunda instancia), Expediente: 11001-03-15-000-2015-01576-01, Actora: Yira Wendy Cardona Rentería, Demandado: Tribunal Administrativo del Chocó, Tema: Tutela contra providencia judicial; derechos constitucionales fundamentales al trabajo y mínimo vital) que revocó el fallo del 31 de agosto de 2015<sup>4</sup> (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER; Sentencia del 31 de agosto de 2015, Acción: Tutela (primera instancia), Expediente: 11001-03-15-000-2015-01576-00, Actora: Yira Wendy Cardona Rentería, Demandado: Tribunal Administrativo del Chocó, Tema: Tutela contra providencia judicial; derechos constitucionales fundamentales al trabajo y mínimo vital).

Ahora sí, al punto.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia No. 178 del 31 de agosto de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Quibdó, dentro del proceso promovido por

- 
- <sup>1</sup> **FALLA**
  - 1. **SE AMPARA** el derecho fundamental al debido proceso del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.
  - 2. **En consecuencia, SE DEJA** sin efectos la sentencia del 11 de diciembre de 2014 dictada por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCCO dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho radicada bajo el No. 2010-772, Demandante: RUBIELA GIRALDO OSORIO, Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL.
  - 3. **Como consecuencia de lo anterior, SE ORDENA** al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCCO que en el término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera una nueva sentencia en la que se pronuncie únicamente, respecto de los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto contra dicha sentencia, como le corresponde según su competencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable al caso.
  - 4. **NOTIFIQUESE** la presente decisión a los interesados, por telegrama o por cualquier otro medio expedito.
  - 5. **De no ser impugnada la presente decisión, ENVÍESE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Que confirmó el fallo anterior.

<sup>3</sup> Que había dejado sin efectos el ordinal 3º, de la parte decisoria de la sentencia de 11 de diciembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, mediante el cual se le impuso una multa a la demandante de 20 salarios, por las razones expuestas en la motivación.

**RUBIELA GIRALDO OSORIO** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL** que declaró nulidad del acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo, y accedió parcialmente a las demás súplicas de la demanda.

**ANTECEDENTES.**

**LA DEMANDA:**

La señora **RUBIELA GIRALDO OSORIO** por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del C.C.A., pretende se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto originado del silencio administrativo negativo, ocasionado por la falta de respuesta a la reclamación administrativa del 29 de julio de 2009 (folios 13 al 17), radicada en la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL**.

Como consecuencia de ello, solicita lo siguiente:

- Se reconozca la existencia de una relación laboral entre la accionante y la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL**, por la desnaturalización de los sucesivos contratos de prestación de servicios pactados entre el 1 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2008.
- Se condene a título de restablecimiento del derecho a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL**, a reconocer y pagar a favor de la señora **RUBIELA GIRALDO OSORIO**, a. el valor equivalente a las prestaciones sociales (Primas, Vacaciones, Cesantías, Intereses a las cesantías y demás prestaciones previstas en el Decreto 1045 de 1978), por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2008, b. la indemnización por despido injusto, c. 100 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes por perjuicios morales, d. sanción moratoria por temeridad y mala fe por despido en estado de embarazo a razón de un día de salario desde el 1 de enero de 2009, e. la devolución de los pagos hechos por seguridad social, f. 12 semanas de maternidad, g. 6 meses de lactancia.

Pide que se condene en costas a la accionada.

**HECHOS**

**RUBIELA GIRALDO OSORIO**, laboró como Enfermera Jefe en el Batallón de Infantería No. 12, Alfonso Manosalva Flórez de Quibdó, para la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL**, desde el 1 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2008, sus servicios fueron prestados a través de sucesivos contratos de prestación de servicios; durante el tiempo de vinculación la accionante cumplió con los horarios de trabajo que le eran propios del personal que labora en la institución, por turnos asignados por la contratante; de quienes recibió y acató órdenes.

Con precisión se indica que la accionante notificó de su estado de embarazo al contratante, el 5 de noviembre de 2008 y con dicha notificación anexó la prueba correspondiente a su estado gestacional.

Cuenta el apoderado de la actora, que la contratación no le fue renovada por causa de su estado de embarazo en los últimos meses de 2008 y no le fueron reconocidas sus prestaciones sociales ni indemnizaciones de ninguna especie.

**RUBIELA GIRALDO OSORIO** contra la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL que declaró nulidad del acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo, y accedió parcialmente a las demás súplicas de la demanda.

**ANTECEDENTES.**

**LA DEMANDA:**

La señora **RUBIELA GIRALDO OSORIO** por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del C.C.A., pretende se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto originado del silencio administrativo negativo, ocasionado por la falta de respuesta a la reclamación administrativa del 29 de julio de 2009 (folios 13 al 17), radicada en la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL.

Como consecuencia de ello, solicita lo siguiente:

- Se reconozca la existencia de una relación laboral entre la accionante y la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL, por la desnaturalización de los sucesivos contratos de prestación de servicios pactados entre el 1 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2008.
- Se condene a título de restablecimiento del derecho a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL, a reconocer y pagar a favor de la señora RUBIELA GIRALDO OSORIO, a. el valor equivalente a las prestaciones sociales (Primas, Vacaciones, Cesantías, Intereses a las cesantías y demás prestaciones previstas en el Decreto 1045 de 1978), por el período comprendido entre el 1 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2008, b. la indemnización por despido injusto, c. 100 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes por perjuicios morales, d. sanción moratoria por temeridad y mala fe por despido en estado de embarazo a razón de un día de salario desde el 1 de enero de 2009, e. la devolución de los pagos hechos por seguridad social, f. 12 semanas de maternidad, g. 6 meses de lactancia.

Pide que se condene en costas a la accionada.

**HECHOS**

**RUBIELA GIRALDO OSORIO**, laboró como Enfermera Jefe en el Batallón de Infantería No. 12. Alfonso Manosalva Flórez de Quibdó, para la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL, desde el 1 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2008, sus servicios fueron prestados a través de sucesivos contratos de prestación de servicios; durante el tiempo de vinculación la accionante cumplió con los horarios de trabajo que le eran propios del personal que labora en la institución, por turnos asignados por la contratante, de quienes recibió y acató órdenes.

Con precisión se indica que la accionante notificó de su estado de embarazo al contratante, el 5 de noviembre de 2008 y con dicha notificación anexó la prueba correspondiente a su estado gestacional.

Cuenta el apoderado de la actora, que la contratación no le fue renovada por causa de su estado de embarazo en los últimos meses de 2008 y no le fueron reconocidas sus prestaciones sociales ni indemnizaciones de ninguna especie.

Que el día 29 de julio de 2009, se realizó reclamación administrativa en el Batallón de Infantería No. 12, Alfonso Manosalva Flórez de Quibdó, para la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL, solicitando el reconocimiento y pago por conceptos salariales y prestaciones pretendidas en *subdit*, sin que hasta la fecha se haya obtenido respuesta alguna, con lo cual dice se entiende agotada la vía gubernativa.

**NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Se señala que se violaron las siguientes disposiciones: Artículos 1, 13, 25, 53, 209 de la Constitución Política de Colombia; artículos 36, 40, 84 y 95 del C.C.A.; jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado sobre la desnaturalización del contrato de prestación de servicios y protección especial a la mujer en estado de embarazo.

En lo referente al concepto de la violación, trajo a colación jurisprudencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado Sección Segunda<sup>7</sup> de la Sala lo Contencioso Administrativo, para sustentar su dicho estimatorio de las pretensiones en el sentido de indicar que el pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo se da cuando el interesado logra acreditar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador respecto del trabajo personal y remunerado del contratista.

Argumenta que durante todo el tiempo de vinculación, la demandante siempre prestó sus servicios como Enfermera jefe, en ejercicio de los cuales se encontraba sujeto a subordinación por parte de su superior inmediato, quien tenía la potestad de impartirle órdenes en la ejecución de la labor contratada, a lo anterior se suma el hecho que esos servicios fueron prestados de manera personal y en igualdad de condiciones que los empleados públicos del área administrativa de esa entidad.

En su propósito explica que NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL, a través de un contrato de prestación de servicios, pretendió ocultar la existencia de una relación de carácter laboral entre la actora y la entidad demandada, además de que el principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos en las relaciones laborales a que se refiere el artículo 53 de la Constitución Política, opera en todos aquellos casos donde se ha optado por la celebración de contratos de prestación de servicios para esconder relaciones laborales, afirmando que en casos como el presente son irrelevantes las denominaciones utilizadas por las partes, dado que lo que importa es la realidad de la relación laboral.

<sup>7</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "D", Consejo ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO; Sentencia del 19 de julio de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2002-01636-01 (4079-05), Actor: Magda Gisela Herrera Jiménez, Demandado: Municipio de Natagaima, Autoridades Nacionales.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "D", Consejo ponente: JAVIER DIAZ BUENO; Sentencia de mayo 21 de 1998, Radicación número: 17252, Actor: Fina Milena Torres Hernández, Demandado: Departamento de Casanare, Referencia: Autoridades Departamentales.

Corte Constitucional, Sentencia T-687-2008, Referencia: expedientes T-1805838, T-1813839 T-1824668 y T-1834925, Acciones de tutela instauradas por Andrea Carolina Herrera Mayorga, Sandra Milena García Valencia, Luz Mireya Guzmán Ojuela, Sandra Manuela Soto contra Misión Temporal Lado... Punto Mercu Morebanding, MAXCYCFA y LLOREDA SA, y Carretera Posada Campo, respectivamente, Magistrado Ponente: Dr. JAIME CORCOBIA TRIVINO; Sentencia del 8 de julio de 2008.

La argumentación fuerte está encaminada a singularizar la manera como la jurisprudencia vernácula ha dado especial protección a la maternidad.

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Corrido el traslado de la demanda, de conformidad con lo ordenado por auto del 18 de noviembre de 2010 (fl. 62), la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL, contestó la demanda extemporáneamente ya que el término de fijación en lista corrió del 07 al 18 de mayo de 2012 (folio 73) y la notificación se formalizó el 23 de febrero de aquella anualidad (folio 72). La entidad se opuso a cada una de las pretensiones, aduciendo que la demandante no ostentó relación laboral con la entidad; sobre los hechos, estuvo a la prueba.

### LA SENTENCIA APELADA

Mediante Sentencia No. 178 del 31 de agosto de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Quibdó, resolvió i. Declarar la existencia y subsecuente nulidad del acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo, mediante el cual la entidad demandada le negó a la actora el reconocimiento y pago a título de indemnización de las prestaciones sociales por el tiempo que laboró en virtud de las ordenes de trabajo, ii. Condenar NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL, a título de restablecimiento del derecho, a reconocer y pagar a favor de la actora, a. las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de la entidad accionada, pero tomando como base los honorarios contractuales, correspondiente a los periodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, es decir, a partir del 1 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2008 y el cómputo de dicho tiempo para efectos pensionales, b. el pago de los aportes por dicho periodo a las entidades de seguridad social en su debida proporción, pagadas por la actora, c. la licencia remunerada de 12 semanas y la indemnización de 60 días de salario, y d. el pago del valor correspondiente al tiempo comprendido entre la terminación del último vínculo contractual y la fecha del parto; determinaciones que fueron adoptadas con el argumento que la demandante demostró la existencia de los elementos de la relación laboral como son, prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación; sin que ninguna de las pruebas aportadas se pueda concluir la autonomía y dependencia del contratista en ejercicio de sus funciones como lo establece el artículo 32 de la 80 de 1993. Para el pago de las prestaciones correspondientes a la condición gestante de la actora, acudió, por analogía, a los artículos 236 (numeral 1) y 239 (numeral 3) del C. S. del T.

### LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandada impugnó la decisión de instancia.

En su escrito precisa que no comparte la decisión reclamada por cuanto, el juzgado de conocimiento desestimó las sentencias de la Corte Constitucional Nos. T-793 de 2005 y T-412 de 2007 en las que se determinó que la protección a la mujer gestante

\* Referencia: expediente T-1091578, Acción de tutela presentada por Teresa de Jesús Avendaño Segovia contra la empresa Segunda Generación González S.C.S. y la Compraventa La Platina, Magistrado Ponente Dr. JAIMÉ CORDOBA TRIVIÑO, Sentencia del 29 de julio de 2005.

\* Referencia: expediente T-1521109, Acción de tutela instaurada por Sandra Milena Lantimier Garzón contra Recaudos de Valores S.A., Magistrado Ponente Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS, Sentencia del 24 de mayo del 2007.

solo es viable cuando ella comunica al empleador de su estado, acompañando las pruebas de dicho estado. En sus planteamientos se otea una persistencia de los argumentos de defensa de la entidad en cuanto que la accionante no ejercía funciones públicas de las cuales pudiera decirse que estuviera subordinada, que cumpliera con un horario impuesto por la administración, vinculación contractual en la cual, además, se le pagan honorarios y no salarios; por lo tanto, pródica la inexistencia del derecho reclamado por cuanto que el convenio para desarrollar contratos de prestación de servicios lleva implícita la imposibilidad de reconocer prestaciones sociales como se tiene dicho en la Ley 80 de 1993, explicando que es una contratación legalmente prevista para vincular a la administración a personal profesional sin que se le tenga como servidor público de planta.

#### TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante Auto Interlocutorio No. 604 del 10 de diciembre de 2012 (folio 139), se admitió el recurso de apelación; con auto de sustanciación No. 038 del 6 de febrero de 2013 (folio 141), se ordena correr traslado para que el Ministerio Público emita su concepto y las partes presenten sus alegatos de conclusión.

#### ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegatos de conclusión y del Agente del Ministerio Público no se recibió alegato o concepto.

Transcurridos los términos y etapas procesales, y no habiendo nulidades que decretar, se procede a resolver el fondo del asunto y para ello resulta necesario plantear las siguientes:

#### CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

##### Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer este asunto, con fundamento en el numeral 1 del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), modificado por el artículo 1°. de la Ley 446 de 1998, aplicable en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, ya que se trata de controvertir una sentencia proferida por un Juez del Circuito Administrativo de Quibdó.

Corresponde a esta Corporación decidir sobre la apelación interpuesta contra la Sentencia No. 178 del 31 de agosto de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Quibdó, dentro del proceso promovido por RUBIELA GIRALDO OSORIO contra la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL mediante la cual, el Juez *a quo*, fuera de declarar la existencia del acto administrativo presunto ante la omisión de responderle su reclamación administrativa presentada para que se le reconociera, liquidara y pagaran sus derechos prestacionales una vez finalizó el vínculo por contrato de prestación de servicios que pactó con la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL entre el 1 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2008, también encontró probada la desnaturalización contractual y descubrió en consecuencia una relación laboral que ordenó reparar con el restablecimiento del derecho impetrado, una vez decretó la nulidad del acto administrativo presunto.

El acto demandado está constituido por la ficción legal que legalmente se reconoce al

... ..

se juzga la falta de respuesta a la reclamación administrativa del 29 de julio de 2009 (folios 13 a 17), radicada en la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL (Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, Brigada XV del Ejército Nacional, Batallón de Infantería No. 12, Alfonso Manosalva F. de Quibdó) con idénticas pretensiones a las formuladas en sede judicial.

El Juzgado *a quo*, con base en el acervo probatorio documental determinó que efectivamente la accionante prestó personalmente sus servicios bajo remuneración y subordinación a favor de la entidad accionada y que por ello se desvirtuaron los elementos contractuales formalmente pactados, desnudando con ello una relación laboral que debe ser amparado con el restablecimiento del derecho últimamente definido por las Altas Cortes para desatar esta clase de asuntos; por lo demás, aplicó por analogía normas del Código Sustantivo del Trabajo para estudiar las consecuencias jurídicas que supone la violación a los derechos de la maternidad y la estabilidad laboral reforzada en tal condición.

#### **Precisión inicial.**

#### **Falta de técnica por omisión en la formulación del capítulo de fundamentos de derecho (normas violadas)**

Ciertamente que la demanda que dio origen a este entuerto no es precisamente un modelo a seguir por las deficiencias que denota la formulación del capítulo de fundamentos de derecho (normas violadas y concepto de violación), como también el indebido agotamiento de la vía gubernativa respecto de la petición sobre prestaciones sociales e indemnizaciones adeudadas y quizás por la formulación misma de las pretensiones<sup>6</sup>; sin embargo de ello, es perfectamente entendible que las pretensiones van encaminadas a resolver una iniquidad constitucional respecto a la desnaturalización del contrato realidad y sus consecuencias, que significan restablecer el derecho con la indemnización legal correspondiente, toda, de naturaleza prestacional laboral, en ese sentido, la falta de precisión de normas violadas y la deficiente formulación técnicas de las pretensiones no pueden dar al traste inhibitorio para resolver el fondo del asunto pues así lo advirtió la Corte Constitucional en su **Sentencia C-197 de 1999**<sup>7</sup>:

**“ACTO ADMINISTRATIVO**-Al impugnarse deben indicarse normas violadas y explicarse el concepto de violación

*La exigencia que contiene el segmento normativo acusado, cuando se demandan actos administrativos, encuentra su justificación. Si el acto administrativo, como expresión de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legitimidad, motivada por la incompetencia del órgano que lo expidió, la existencia de un vicio de forma, la falsa motivación, la deserción de poder, la violación de la regla de derecho o el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, la carga procesal de cumplir con las exigencias que prevé la norma acusada. Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, más aún cuando dicha búsqueda no sólo dispendiosa sino en extremo difícil*

<sup>6</sup> Por tal razón, el capítulo de las pretensiones formulado por la parte accionante como restablecimiento del derecho, ha de ser entendido como impetrado para obtener a) la cancelación del valor de las prestaciones sociales por haberse desempeñado como Enfermera Jefe en el interregno señalado como hitos de inicio y finalización de la contratación, y b) se ordene el pago de los aportes correspondientes al sistema de seguridad social integral por el lapso que estuvo vinculado el accionante a la administración, c) declarar que el tiempo laborado no tuvo solución de continuidad, d) imponer las consecuencias jurídicas por la violación a los derechos de la maternidad y la estabilidad laboral reforzada en tal condición.

<sup>7</sup> Referencia: Expediente D-2172, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 137 numeral 4 del Código Contencioso Administrativo, Actor: Elson Rafael Rodrigo Rodríguez Beltrán, Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARDONELL; Sentencia de abril 7 de 1999.

y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración. Por lo tanto, no resulta irrazonable, desproporcionado ni innecesario que el legislador haya impuesto al demandante la mencionada obligación, la cual contribuye además a la racional, eficiente y eficaz administración de justicia, si se tiene en cuenta que el cambio de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación." Tesouro.

Pero que, tratándose de temas con relevancia constitucional -vulneración grave de derechos fundamentales- como la especial protección a la mujer en estado gestacional y a su *instituta*, la exigencia normativa echada de menos en la deficiente formulación de la demanda que dio origen a esta causa no puede extremarse y la falencia técnica se torna subalterna al meollo del asunto, por cuanto:

"2.6. No obstante lo anterior, debe advertir la Corte que en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial, no se debe extremar la aplicación de la norma acusada, al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que ofende contra dicho principio. En tal virtud, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad.

2.7. Considera la Corte, que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente.

A la misma conclusión llegó la Corporación en la sentencia SU-039/97<sup>10</sup> cuando consideró que en caso de violación de derechos fundamentales es posible, aplicando directamente la Constitución Política suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, así no se invoquen expresamente como fundamento de la suspensión las respectivas normas. Dijo la Corte en dicha sentencia:

"La necesidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales y de efectivizarlos, impone un cambio, una nueva concepción, de la institución de la suspensión provisional. El ritejo que se requiere para adaptarla a los principios, valores y derechos que consagra el nuevo orden constitucional puede darlo el juez contencioso administrativo o inducirlo el legislador, a través de una reforma a las disposiciones que a nivel legal la regulan."

"El juez administrativo, con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de transgresión de aquéllos. Decisiones de esa índole tendrían sustento en:

- La primacía que constitucionalmente se reconoce a los derechos fundamentales y a la obligación que tienen todas las autoridades- incluidas las judiciales- de protegerlos y hacerlos efectivos (art. 2 C.P.)."

"- La aplicación preferente de la Constitución frente a las demás normas jurídicas y así mismo el efecto integrador que debe dársele a sus disposiciones con respecto a las demás normas del ordenamiento jurídico. De este modo, al integrar las normas que regulan la suspensión con las de la Constitución se podría lograr una mayor eficacia y efectividad a dicha institución."

"- La necesidad de dar prevalencia al derecho sustancial (art. 228 C.P.), más aún cuando este emana de la Constitución y busca hacer efectivos la protección y la vigencia de los derechos fundamentales."

"- La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos tiene un fundamento constitucional. El art. 238 permite dicha suspensión "por los motivos y con los requisitos que establezca la ley". Siendo la Constitución ley de leyes y pudiendo aplicarse sus normas directamente, sobre todo, cuando se trate de derechos fundamentales

(art. 85), es posible aducir como motivos constitucionales para la procedencia de la suspensión provisional la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales.”

“La idea central que se debe tener presente es que las diferentes jurisdicciones, dentro de sus respectivas competencias, concurren a la realización del postulado constitucional de la efectivización, eficacia y vigencia de los derechos constitucionales fundamentales. Por lo tanto, la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos por violación de los derechos constitucionales fundamentales, independientemente de que ésta sea manifiesta o no, indudablemente, puede contribuir a un reforzamiento en los mecanismos de protección de los referidos derechos.”

- 2.8. Considera igualmente la Corte que la exigencia prevista en el segmento normativo acusado, no puede significar que el juez administrativo pueda sustraerse de la obligación contenida en el art. 4 de la Constitución, conforme al cual “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, norma esta última que tiende a garantizar la supremacía y defensa del ordenamiento jurídico superior.

Lo expresado tiene su justificación en los razonamientos expuestos por esta Corte en la sentencia C-069/95<sup>11</sup>, en la cual, a propósito de la declaración de inexequibilidad condicionada del art. 66 del C.C.A., se dijo:

“Considera la Corte que el texto constitucional ha de hacerse valer y prevalece sobre la preservación de normas de rango inferior. La función de la Constitución como determinante del contenido de las leyes o de cualquier otra norma jurídica, impone la consecuencia lógica de que la legislación ordinaria u otra norma jurídica de carácter general no puede de manera alguna modificar los preceptos constitucionales, pues la defensa de la Constitución resulta más importante que aquellas que no tienen la misma categoría”.

“Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, esta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa, la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades con plena competencia para ello”.

“Desde luego que la norma inaplicable por ser contraria a la Constitución en forma manifiesta, no queda anulada o declarada inexequible, pues esta función corresponde a los organismos judiciales competentes, en virtud del control constitucional asignado por la Carta Fundamental en defensa de la guarda de la integridad y supremacía de la norma de normas (artículos 237 y 241 C.P.)”.

“Si bien es cierto que por regla general las decisiones estatales son de obligatorio cumplimiento tanto para los servidores públicos como para los particulares “salvo norma expresa en contrario” como lo señala la primera parte del artículo 66 del decreto 01 de 1984, también lo es que, cuando de manera palmaria, ellas quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4º de la Carta ya citada, que ordena -se repite- que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6º de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones”.

<sup>11</sup> M.P. Hernando Herrera Valencia.

3. En conclusión, por las razones anteriormente expuestas, considera la Corte que el aparte normativo acusado no viola las normas invocadas por el demandante ni ningún otro precepto de la Constitución. No obstante, la norma será declarada exequible condicionada a que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito tantas veces mencionado, y que cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica deberá aplicar el art. 4 de la Constitución.”.

Así las cosas, la falta de técnica atibada en la demanda, no puede conducir a una inhibición en este asunto por cuanto que los objetivos de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho buscan, **primero** y como ya está suficientemente esclarecido, restaurar el ordenamiento jurídico trasgredido con ocasión de la expedición o no, de un acto administrativo que quebranta los postulados legales y constitucionales, y **segundo**, obtener la reparación de un derecho de orden subjetivo vulnerado por el acto censurado; por ello, la primera pretensión que desarrolla esta clase de acciones es la pulverización jurídica del acto administrativo que irroga daño y como consecuencia de ello, se impongan las consecuencias correspondientes con el ordenamiento jurídico trasgredido. En este asunto pues, se trata de obtener, a) la nulidad del acto administrativo ficto compuesto por la falta de respuesta de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional a la Reclamación administrativa formulada el 29 de julio de 2009 (folios 13 a 17), por medio del cual se entiende negado el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones a la actora, por la desnaturalización de múltiples contratos u órdenes de prestación de servicios que pactó sucesivamente con la entidad accionada entre el 1 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2008<sup>12</sup> y por la terminación del vínculo relacional laboral en momentos de gestación y b) como consecuencia de ello, se ordene el reconocimiento de la indemnización prestacional correspondiente; como no emerge duda al respecto, es factible entonces resolver el fondo del asunto.

**Protección especial que les otorga la Constitución a las mujeres en estado de gravidez -durante el embarazo y luego del parto-**

Resulta incómodo y quizás molesto para el suscrito ponente de esta decisión, el tener que recordar que en un Estado Social y Democrático de Derecho, la protección de la mujer es un requisito mismo de civilidad, no tanto porque sea mujer (que ello ya es suficiente motivo), mucho menos porque sea persona (situación que resulta de superlativo alcance) y de ninguna manera porque sea dadora de vida (indiscutible punto de partida para cualquier toma de partido proteccionista), sino, porque, sin la protección de la mujer, la sociedad ni siquiera es.

Es que el tema que hoy concita la atención de la Sala resulta de especial relevancia constitucional, no tanto por la **protección especial que les otorga la Constitución a las mujeres en estado de gravidez y a su nasciturus -durante el embarazo y luego del parto- (que, sin hesitación alguna, lo es)**, sino porque la entidad acusada de desconocer los derechos de RUBIELA GIRALDO OSORIO y su nasciturus es quizás, la institución más querida y reconocida por los colombianos, garante misma de nuestra vida institucional, propiciadora como la que más, de la convivencia pacífica y forjadora del espíritu altruista que nos impulsa a la resolución civilizada de los conflictos, el glorioso EJÉRCITO NACIONAL de la REPÚBLICA DE COLOMBIA.

<sup>12</sup> La demanda en sí no precisa el hito final de prestación del servicio pero como la última reclamación se presentó el 29 de noviembre de 2006, se fija dicha fecha como periodo de reclamación final porque esa es la fecha que

Pero que quien representa los intereses judiciales de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional en este entuerto, haya suscitado este pronunciamiento sea, precisamente, una mujer, es lo que desborda claramente el uso racional de los recursos que nuestra organización procesal otorga a quienes merodean en torno a un drama judicial. Es que en su propósito defensor y a ultranza, cuando un profesional del derecho, del género femenino tuerce por el desconocimiento puro y simple los derechos de una mujer en estado de gravidez y de quien está por nacer -durante el embarazo y luego del parto-, resulta desconcertante que ésta augusta Corporación tenga que decir que el tema es incomprensible si se tienen los pronunciamientos que son multitud desde nuestras Altas Cortes que la misma opugnante trae en cita en su libelo.

Y como son multitud, valga la pena circunscribir una cita precisa pero contundente para apoyar el sentido *ius fundamental* de esta decisión; y en ese sentido, la Corte Constitucional<sup>11</sup> espetó:

**"Protección especial que los atorga la Constitución a las mujeres en estado de gravidez -durante el embarazo y luego del parto-. Reiteración de jurisprudencia.**

5.- La Constitución Nacional le confiere una especial protección a la mujer durante el embarazo y luego del parto. Esta protección se desprende de varios preceptos constitucionales y, en especial, de lo consignado en los artículos 13, 43 y 53 superiores. Según lo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. Este mismo artículo proscribió cualquier suerte de discriminación en contra de las mujeres así como resulta que las mujeres gozan de una especial asistencia y protección estatal durante el embarazo y luego del parto. En aquellos casos en que se trate de mujeres desempleadas o desamparadas, esta protección implica la posibilidad de recibir un subsidio alimentario por parte del Estado. Agrega la disposición contenida en el artículo 43, que el Estado "apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia." (Énfasis añadido).

6.- De otra parte, y por virtud de lo dispuesto en el artículo 13 superior, se prohíben las discriminaciones por razones de sexo y se ordena al Estado promover las condiciones para que la igualdad entre las personas sea real y efectiva así como se exige adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados. De acuerdo con lo establecido por el último inciso del artículo 13 constitucional,

"El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

7.- El artículo 53 de la Constitución Nacional establece, a su turno, varios asuntos de suma importancia en relación con el tema que ocupa la atención de la Sala en la presente ocasión. Reconoce este artículo que el Congreso de la República es la institución encargada de expedir el estatuto de trabajo pero fija, de manera simultánea, las fronteras dentro de las cuales habrá de moverse la capacidad de configuración de la legislación. Establece, en tal sentido, que la ley correspondiente se formulará de modo que tenga en cuenta los principios mínimos fundamentales que enuncian el mismo artículo 53 y que son los siguientes:

(i) Garantizar igualdad de oportunidades a las personas trabajadoras; (ii) asegurarles una remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad de trabajo, así como estabilidad en el empleo; (iii) evitar que las personas trabajadoras deban renunciar "a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; (iv) hacer efectivos los "facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; (v) garantizar a las personas trabajadoras que se haga efectiva la situación que más las favorezca cuando se presentan dudas en la aplicación o interpretación de las fuentes formales del derecho; (vi) ratificar "la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos en las relaciones laborales"; (vii) confirmar que se haga efectiva la "garantía de seguridad social, la capacitación, el

<sup>11</sup> Sentencia T-095 de 2008 (Referencia: expediente T-1.714.938. Acción de tutela instaurada por Ligia González Nonato contra Hoteles Avenida del Dorado S. A., Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO)

adiestramiento y el descanso necesario, [la] protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador mayor de edad"; (vii) procurar que se garantice el derecho "al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales" (Énfasis fuera del texto original).

El artículo 53 destaca, además, que los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados por Colombia, forman parte de la Legislación y subraya que "la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores" (Énfasis fuera del texto original).

8.- En concordancia con la protección derivada del texto constitucional, la legislación colombiana en general<sup>14</sup> y las leyes laborales, en particular, consignan un conjunto de instituciones dirigidas a amparar a la mujer trabajadora durante el embarazo y a procurar su recuperación luego del parto así como a obtener el bienestar de la o del recién nacido<sup>15</sup>. Esta protección abarca el descanso remunerado en la época del parto o en caso de aborto, lo mismo que durante la lactancia e implica, asimismo, la prohibición de despido por causa de encontrarse la mujer en estado de embarazo o de lactancia<sup>16</sup>. Como lo recordó la Corte Constitucional en la sentencia T-1038 de 2006<sup>17</sup>, con base en las referidas normas resulta factible distinguir dos modos de poner en vigencia la cláusula constitucional de amparo a la maternidad prevista en la Constitución.

De una parte, por medio de la prestación del servicio de salud a la mujer durante el embarazo y en el momento del parto. De otra, con fundamento en el reconocimiento de prestaciones económicas a favor de la madre trabajadora. La licencia de maternidad permite garantizar la recuperación de la mujer en el periodo después del parto y asegurar el bienestar de la madre y del (de la) recién nacido (a) así como la atención que requieren. En esa línea, la protección de la maternidad comprende, entre otras, garantizar a la madre y al (a la) niño (a) su derecho a la vida digna, al mínimo vital y a la salud.

9.- Así mismo, distintos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos a la luz de los cuales ha de fijarse el sentido y alcance de los derechos constitucionales fundamentales – como lo ordena el artículo 93 superior<sup>18</sup> – reconocen la condición especial de

<sup>14</sup> Por ejemplo el Sistema de Seguridad Social Integral creado a partir de la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones" en las normas integrantes del Código Sustantivo del Trabajo y en la Ley 82 de 1993 "por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia" que establece medidas para la protección de la mujer cabeza de familia.

<sup>15</sup> En virtud del artículo 162 de la Ley 100 de 1993, el Plan Obligatorio de Salud -POS- "permitirá la protección integral de las familias a la maternidad" y según el texto del artículo 207 de la misma Ley, el régimen contributivo reconocerá y pagará para los afiliados la licencia por maternidad. La garantía de protección a la maternidad prevista en el Plan Obligatorio de Salud -POS- del Régimen Contributivo también se encuentra dispuesta para el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado -POSS-. En efecto, el Acuerdo Número 72 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, artículo 1° prevé atención del parto, atención integral de gineco-obstetricia. De otro lado, de acuerdo con el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990 "por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones", la madre trabajadora tiene derecho a "dise (12) semanas de licencia remunerada con el salario que está devengando al entrar a disfrutar del descanso".

<sup>16</sup> Artículos 236 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo.

<sup>17</sup> En aquella oportunidad le correspondió a la Corte Constitucional determinar "si una EPN cubre los derechos fundamentales de sus afiliados y de sus hijos menores por no reconocer la prestación legal de licencia de maternidad de los mismos, con fundamento en la ausencia de autorización ante el Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- durante una parte del periodo de gestación." Para efectos de solucionar el problema jurídico la Corte estimó preciso pronunciarse acerca de la protección que se le confiere en el ordenamiento jurídico colombiano y en el ámbito del derecho internacional a la mujer en estado de gravidez.

<sup>18</sup> El artículo 93 señala "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

"Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados

la maternidad y lo otorgan un amplio margen de protección a las mujeres en estado de *gravidéz* del mismo modo que a la población recién nacida. Ese es el caso, por ejemplo, de lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>19</sup>. Una de las consecuencias de esta protección con fundamento en los tratados internacionales ha sido que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales exige con regularidad a los Estados miembros aportar información acerca de grupos de mujeres que no disfruten de esta protección.

Adicionalmente, la protección a la maternidad ha sido fijado en el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Protocolo de San Salvador"<sup>20</sup>. Con fundamento en dicho Protocolo, la licencia otorgada a la mujer antes y luego del parto se entiende como una de las prestaciones incluida en el derecho constitucional fundamental a la seguridad social<sup>21</sup>. Así las cosas, la protección prevista en el artículo 43 constitucional y la normatividad vigente se ven complementadas y reforzadas por la disposición contenida en el mencionado Protocolo extendiendo la protección derivada de la licencia de maternidad tanto al tiempo antes del parto como al lapso que transcurre con posterioridad al mismo.

(10)

En este lugar vale la pena resaltar como la protección ofrecida a la mujer en estado de *embarazo* antes y después del parto se encamina también a proteger los derechos de la *niñez*. En la Convención Internacional sobre los Derechos del [de la] Niño (a) se ordena a los Estados Partes adoptar medidas adecuadas para garantizar la atención sanitaria prenatal y postnatal en beneficio de las madres gestantes.<sup>22</sup>

(11)

Este pronunciamiento fue expuesto, se repite, el 7 de febrero de 2008; a través de la Sentencia T-095 de 2008 (Referencia: expediente T-1.714.938. Acción de tutela instaurada por Ligia González Nonato contra Hoteles Avenida del Dorado S. A., Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO); es decir, 10 meses antes de la terminación del último plazo contractual pactado con RUBIELA GIRALDO OSORIO, por parte de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL (Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, Brigada XV del Ejército Nacional, Batallón de Infantería No. 12, Alfonso Marroquín F. de Quibdó), para que prestara sus servicios profesionales como Enfermera Jefe de su Dispensario Médico.

A este pronunciamiento, que fue una reiteración jurisprudencial, se siguieron muchos otros de la misma importancia conceptual y en el mismo sentido de **protección especial que les otorga la Constitución a las mujeres en estado de *gravidéz* y a quien está por nacer -durante el embarazo y luego del parto-**, y dentro de esos muchos pronunciamientos, para los propósitos de desatar la apelación, conviene poner de presente la Sentencia T-687-2008<sup>23</sup> del 8 de julio de 2008, es decir, casi 6 meses antes de la terminación del último plazo contractual cuestionado en esta causa.

<sup>19</sup> C...J.

<sup>20</sup> Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966.

<sup>21</sup> Aprobada en Colombia por Ley 319 de 1996.

<sup>22</sup> Ver artículo 9 del Protocolo de San Salvador.

<sup>23</sup> Referencia: expedientes T-1805838, T-1813839 T-1824668 y T-1839925. Acciones de tutela instauradas por Andrea Carolina Herrera Mayorga, Sandra Milena García Valencia, Luz Mireya Guzmán Orjuela, Sandra Manuela Soto contra Misión Temporal Ltda., Punto Merca Merchandising, MAXCUCTA Y LLOREDA SA, y Carmenza Posada Campo, respectivamente. Magistrado Ponente: Dr. JAIME CORDOBA TRIVINO.

Por lo demás, la misma Corte Constitucional, en 1997 había dictado la Sentencia C-470<sup>23</sup>, expresamente integradora; en la que concluyó:

*"Primero: Declarar EXEQUIBLE el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, tal y como fue modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, en el entendido de que, en los términos de esta sentencia; y debido al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts 43 y 53), carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, quien debe verificar si existe o no justa causa probada para el despido.*

*Segundo: Declarar EXEQUIBLES los artículos 2º de la Ley 197 de 1938 y 21 del decreto 3135 de 1968, en el entendido de que, en los términos de esta sentencia, y debido al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts 43 y 53), carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe del respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas."*

Y para ello explicó:

*"Unidad normativa.*

*18- La Corte Constitucional constata que, en relación con los servidores públicos, la ley establece un mecanismo indemnizatorio similar para proteger la maternidad. Así, el artículo 2º de la Ley 197 de 1938, establece:*

*El artículo 3º de la Ley 53 de 1938 quedará así: La mujer que sea despedida sin causa que justifique ampliamente dentro del período del embarazo y los tres meses posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado de facultativo, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiera dar lugar, conforme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales que rigen la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días.*

*Por su parte el artículo 21 del decreto 3135 de 1968 señala:*

*Prohibición de despido. Durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto, sólo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada, y mediante autorización del Inspector del Trabajo si se trata de trabajadoras, o por resolución motivada del jefe del respectivo organismo si de empleada.*

<sup>23</sup> Referencia: Expediente D-1606, Norma acusada: Artículo 239 ordinal 3º del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990. Demandante: Luis Antonio Vargas Álvarez. Temas: Protección de la mujer embarazada, libertad sindical y principios de igualdad. Fundamentos e implicaciones constitucionales de la especial protección de la maternidad en el campo laboral, el derecho a una estabilidad reforzada, Despido de mujer embarazada sin autorización previa, insuficiencia del mecanismo indemnizatorio previsto por la ley y necesidad de una sentencia integradora. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO GARCÍA GONZÁLEZ. C-470/97. J. N. C. Colección de 1997

*Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los periodos señalados en el inciso anterior sin las formalidades que el mismo establece. En este caso, la empleada o trabajadora tiene derecho a que la entidad donde trabaja le pague una indemnización equivalente a los salarios o sueldos de sesenta (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su situación legal o contractual, y, además, el pago de ocho (8) semanas de descanso remunerado, si no lo ha tomado. (D. 1848/69 art. 39)*

La Corte precisa que el artículo 34 de la Ley 50 de 1990 establece un descanso remunerado por razones de parto de doce semanas, y no de ocho como lo señala el artículo 21 del decreto 3135 de 1968. Ahora bien, ese artículo de la Ley 50 de 1990 no sólo habla en general de toda trabajadora, sin distinguir los ámbitos público y privado, sino que, además, expresamente señala que esos "beneficios no excluyen al trabajador del sector público", lo cual es además lo más conforme al principio de igualdad (CP art. 13). Por tales razones, la Corte concluye que en este punto la Ley 50 de 1991 subrogó parcialmente el artículo 21 del decreto 3135 de 1968, por lo cual se entiende que el descanso legal remunerado por parto para las servidoras públicas es de doce semanas.

Así las cosas, la Corte considera que en este caso, y con el fin de aspirar la estabilidad laboral de las servidoras públicas embarazadas, procede aplicar la regla de la unidad normativa (art. 6º del decreto 2067 de 1991), puesto que la Constitución protege la maternidad no sólo en el ámbito de las relaciones laborales privadas sino también en la esfera pública. Por lo tanto la Corte considera necesario extender los alcances de la presente sentencia integradora a estos artículos que regulan el mecanismo indemnizatorio en el caso de las servidoras públicas, aun cuando, como es obvio, sin que se desconozcan las reglas jurídicas especiales que rigen estas servidoras, según que se trate de relación contractual (trabajadora oficial) o de relación legal y reglamentaria (empleada pública). Por ello, la Corte precisará que la indemnización prevista por esas normas es exigible, siempre y cuando se entienda que carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe del respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas." (la negrilla del último párrafo es de éste Tribunal).

Una vez más, reitera la Sala que éste asunto tiene la importancia constitucional que el caso amerita cuando se violentan los derechos de la mujer y de su nasciturus.

**Problema jurídico.**

Y como el asunto es de raigambre constitucional, la Sala formula el problema jurídico tal y como lo planteó la Corte Constitucional en la Sentencia T-687-2008<sup>21</sup> del 8 de julio de 2008, es decir, casi 6 meses antes de la terminación del último plazo contractual cuestionado en esta causa; esto es:

*"Corresponde a la Sala determinar si se es procedente el amparo a la estabilidad laboral reforzada de la mujer cuando el empleador manifiesta que al momento de la desvinculación desconocía el estado de embarazo de su trabajadora. Además, debe determinar si dicha protección se hace extensiva a los contratos de prestación de servicios, cuando el contrato se termina durante el periodo de gestación de la contratista".*

<sup>21</sup> Referencia: expedientes T-1805838, T-1813839 T-1824668 y T-1859925. Acciones de tutela instauradas por Andrea Carolina Herrera Mayorga, Sandra Milena García Valencia, Luz Mireya Guzmán Orjuela, Sandra Manuela Soto contra Misión Temporal Ltda., Punto Merca Merchandising, MAXCO CTA y LLOREDA SA, y Carmenza Posada Campo, respectivamente, Magistrado Ponente: Dr. JAIME CORDOBA TRIVIÑO.

Haciendo suya esta formulación, la Sala desarrollará la temática planteada en un todo por la apoderada de la entidad recurrente -quien mintió en la formulación del recurso cuando dijo que la accionante no había comunicado su estado gestacional, si se otea que dicho documento fue anexado desde la demanda<sup>25</sup>; además, se explicará porqué el *a quo* no desconoció las sentencias de la Corte Constitucional Nos. T-793 de 2005<sup>26</sup> y T-412 de 2007<sup>27</sup> porque allí no se determinó que la protección a la mujer gestante solo es viable cuando ella comunica al empleador de su estado, acompañando las pruebas de dicho estado, sino que absolvió el tema con arreglo a la jurisprudencia vigente en la perspectiva de la acción de amparo y sin invadir la órbita del juez natural.

Es que en la Sentencia de la Corte Constitucional No. T-793 de 2005, se dijo: *"La Sala aclara que el hecho de que no sea la acción de tutela el mecanismo judicial procedente para obtener el reintegro de la peticionaria debido a la ausencia de pruebas dentro del expediente, conforme a las razones anotadas, ello no significa que su despido haya sido justo o que no tenga derecho a ser reintegrada a su empleo. Tal cuestión debe ser debatida ante la justicia ordinaria."*

Y en la Sentencias No. T-412 de 2007, la Guardiania de la Carta concluyó:

**"4. Caso concreto. Las sentencias de instancia serán revocadas**  
*La señora Sandra Milena Landínez Garavito instaura acción de tutela porque considere que sus derechos al trabajo, al mínimo vital y de especial protección por encontrarse en estado de embarazo, fueron vulnerados por la Empresa de Recaudo de Valores S.A., al no renovar su contrato de trabajo cuando tenía cinco meses y medio de embarazo. Por su parte la empresa accionada alega que no le fue comunicado el estado de embarazo de la accionante y tampoco fue un hecho notorio y alega que la entonces trabajadora no hizo ninguna manifestación acerca de su estado cuando le fue notificado que su contrato no sería prorrogado.*

*En el caso objeto de estudio se encuentra probado que la señora Sandra Milena Landínez Garavito D fue despedida en estado de embarazo y que en el momento del despido contaba con cinco meses y medio de embarazo, a pesar de esta circunstancia, II) el empleador no acudió al Inspector del Trabajo para que éste evaluara el despido, tal como lo determina la normatividad vigente; finalmente la accionante aduce que III) no cuenta con medios que le permitan su subsistencia y la de sus hijos.*

*En esos términos, la Empresa Recaudo de Valores S.A. vulneró los derechos de señora Sandra Milena Landínez Garavito porque conoció su estado de embarazo, pues contaba con cinco meses y medio de embarazo al terminar su vinculación laboral, momento en el cual son evidentes los cambios físicos propios del estado de gravidez; además la accionante estuvo incapacitada en el mes de noviembre del año 2005, si bien no por el embarazo sino por una sinusitis, la incapacidad es clara en establecer el tiempo de gestación de la accionante en ese*

<sup>25</sup> Ver documental obrante a folios 41 a 43 y vuelta; en efecto, en el último de los contratos reseñados (043-DGSM/ARFM-2008 (folios 38 a 40 y vta.), se especifica claramente que el "Supervisor" del contrato es el "Subteniente Pedro Manuel Reyes Llerena"; por otro lado, a folio 41 aparece original del recibido de la comunicación suscrita por Rubiela Giraldo Osorio al Subteniente Pedro Manuel Reyes Llerena, en su calidad de "Director administrativo médico BEAMA", notificación que fuera recibida por el ST RE/YS el 6 de noviembre de 2008 a las 14:00 horas, en la cual le manifiesta "Por medio de la presente me dirijo a usted con el objeto de informarle que me encuentro en estado de gravidez con aproximadamente 6.5 semanas de gestación" y que anuncia como anexo "Resultado de laboratorio por mi EPS y ecografía" que aparecen a folios 42 y 43.

<sup>26</sup> Referencia: expediente T-1091378. Acción de tutela presentada por Teresa de Jesús Avendaño Segovia contra la empresa Segunda Generación González S.C.S. y la Compraventa La Platina, Magistrado Ponente: Dr. JAIME CORDOBA TRIVIÑO; Sentencia del 29 de julio de 2005.

<sup>27</sup> Referencia: expediente T-1521109. Acción de tutela instaurada por Sandra Milena Landínez Garavito contra Recaudo de Valores S.A., Magistrado Ponente Dr. ALVARO TAFUR GALVIS; Sentencia del 24 de mayo del 2007.

momento. Enlances, si bien no hay prueba de la comunicación del estado de embarazo por parte de la actora al empleador, los presupuestos fijados por la jurisprudencia para determinar el conocimiento del empleador del estado de gravidez de la trabajadora se encuentran acreditados.

Ahora bien, a pesar de que el empleador comunicó la terminación del contrato con anticipación a la fecha de terminación del contrato (3 meses) y acreditó ante el juez de tutela que el cargo que ostentaba la accionante, actualmente no está ocupado por otra persona<sup>25</sup>, la Empresa Recauda de Valores S.A. no podía despedir a la señora Landínez Garavito sin acudir al funcionario del trabajo para exponer ante él las razones que a bien considerara y fuere éste quien evaluara la situación.

Así las cosas y una vez verificados los presupuestos para que la protección de la mujer en estado de embarazo prospere, la Corte tutelará los derechos fundamentales de la señora Sandra Milena Landínez Garavito y en consecuencia ordenará reintegro.

### 5. Conclusiones

Los jueces de instancia negaron la protección de los derechos fundamentales de la actora porque no está plenamente probada que la accionante haya comunicado al empleador su estado de embarazo pues las citas médicas e incapacidad que la actora aduce como elementos de los cuales el empleador debía suponer su embarazo, fueron posteriores a la fecha en la cual le fue comunicado que su contrato no sería renovado.

Considera la Corte que ante los argumentos aquí citados, tanto la normalidad como la jurisprudencia es suficiente respecto al cumplimiento del requisito legal de acudir al Inspector del Trabajo para que sea éste quien evalúe si puede ser despedida una mujer en estado de embarazo, tal como lo prevé el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, de lo contrario se presumirá que la no renovación del contrato fue a causa del estado de gestación.

Por tanto, las sentencias de instancia serán revocadas y se protegerán los derechos al trabajo, al mínimo vital y a especial protección de la mujer en estado de embarazo.”

Por esta sola circunstancia, el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad accionada resulta temerario y abusivo del derecho de impugnar, temática ésta que ha de ser abordado nuevamente para deducir las consecuencias jurídicas correspondientes.

Para resolver el problema jurídico planteado, el Tribunal Administrativo del Chocó dirá:

La Sala encuentra que la petición de la recurrente para que se desconozca el precedente judicial citado por la Juez a quo, y para que en su lugar se resuelva el asunto con base en las sentencias de la Corte Constitucional Nos. T-793 de 2005<sup>26</sup> y T-412 de 2007<sup>27</sup>, es, al menos estrambótica si se tiene en cuenta que i. en esa época regía la integración normativa ordenada por la Corte Constitucional en su C-470 de 1997<sup>28</sup>,

<sup>25</sup>Punto 3.6 del acápite de pruebas.

<sup>26</sup> Referencia: expediente T-1001378, Acción de tutela presentada por Tereza de Jesús Avelaño Segovia contra la empresa Segunda Generación González S.C.S. y la Compraventa La Platina, Magistrado Ponente: Dr. JAIMÉ CORDOBA TRIVIÑO; Sentencia del 29 de julio de 2005.

<sup>27</sup> Referencia: expediente T-1521109, Acción de tutela instaurada por Sandra Milena Landínez Garavito contra Recauda de Valores S.A., Magistrado Ponente Dr. ALVARO TAFUR GALVIS; Sentencia del 24 de mayo del 2007.

<sup>28</sup> Referencia: Expediente D-1606, Norma acusada: Artículo 239 ordinal 3° del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1995. Demandante: Luis Antonio Vargas Alvarez. Tema: Protección de la mujer embarazada, fuero sindical y principio de igualdad, fundamentos e implicaciones constitucionales de la especial protección de la maternidad en el campo laboral, el derecho a una estabilidad

ii. el estatuto contractual que nos rige (Ley 80 de 1993), expresamente determinó "Artículo 32. (...) 3. 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." y iii., lo más importante, existe jurisprudencia que es multitud para develar que el estado colombiano, a través de sus diferentes reparticiones administrativas no puede acudir al expediente perverso de vincular a personas naturales a través de contratos de prestación de servicios para desnaturalizar una relación laboral.

En ese sentido, la actuación de la apoderada de la entidad accionada nuevamente la hace incurrir en un acto de absoluta temeridad con la interposición de un recurso en el cual no realiza ningún esfuerzo por rebatir las tesis expuestas como fundamento de la decisión de instancia, más, si como se examinó la actuación, no estuvo atenta a prestar efectivamente sus servicios a la causa que patrocinó al punto de que la prueba impetrada en su eco no pudo recogerse en su oportunidad<sup>32</sup> y nunca dijo ni hizo nada para realizar el acto probatorio fallido pues si la demanda se notificó el día 23 de febrero de 2012 (folio 72), ha debido saber que el artículo 60 de la Ley 1395 de 2010<sup>33</sup> (que adicionó un parágrafo al artículo 145 del Código Contencioso

previsto por la ley y necesidad de una sentencia integradora. Magistrado Ponente: DR. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO; Sentencia del 25 de septiembre de 1997.

<sup>32</sup> La contestación de la demanda, al parecer, se redactó el 16 de abril de 2012, pero solo fue presentada, de manera extemporánea, el 22 de mayo siguiente - folio 88-

<sup>33</sup> (Julio 121, Diario Oficial No. 47, 388 de 12 de julio de 2010, "Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial", a cuyo tenor:

"Artículo 60. El artículo 145 del Código Contencioso Administrativo tendrá un nuevo parágrafo, cuyo texto será el siguiente:

**Parágrafo.** El demandado deberá aportar con la contestación de la demanda todas las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso. La omisión de este deber se tendrá como indicio grave en su contra."

Como se ve, no se trata de un presupuesto procesal de la contestación de la demanda en forma que implica inadmisión y eventual posterior rechazo de la defensa de la entidad demandada, sino que trae consigo una carga procesal probatoria que, omitida, la consecuencia muta a presupuesto material para que le sea dictada sentencia favorable a sus pretensiones: Es que si no cumple el nuevo diseño normativo creado para descongestionar la jurisdicción y debiendo, no aporta con la contestación de la demanda todas las pruebas documentales que tenga en su poder y que quiera hacer valer dentro del proceso, no lo podrá ya hacer posteriormente, pues su oportunidad probatoria precluye.

Además, su conducta se torna en un indicio grave en contra de la entidad, de hecho, en la doctrina se dijo:

"En buena hora se consagra esta consecuencia como efecto de la conducta negligente y dilatoria de las entidades públicas, pues esa es la que frecuentemente hemos observado en algunas entidades, como por ejemplo la DIAN, la CALA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES o CAJANU, donde al contestar la demanda, sus apoderados abunda e ilegalmente solicitan que el despacho se dirija a esas entidades para que envíen documentos y expedientes administrativos que bien pudieron ser aportados por ellas en sus contestaciones.

Esta conducta procesal de la parte demandada, va en contra del principio de veracidad del proceso además que pone en peligro la posibilidad de que se pueda dicar la respectiva sentencia de primera instancia en los plazos establecidos por el artículo 9° de la ley 1395 de 2010 y por ello resulta muy buena el establecer que es un indicio grave en su contra el no aportar los documentos que tenga en su poder y que quiera hacer valer en el proceso. Entonces en el caso del artículo 59 de la ley 1395 de 2010 el incumplimiento del demandante del deber de aportar las pruebas documentales que tenga en su poder, seguramente va a tener incidencia en la prosperidad de sus pretensiones y en obtener una sentencia favorable, mientras que para el demandado, si incumple con su deber de aportar en la contestación de la demanda dichos documentos que tenga en su poder y que quiera hacer valer, además que constituye indicio grave en su contra, también podrá resultar con que la sentencia que

Administrativo) le prohibía a las entidades accionadas pedir al Juez que a través de auto se le pida a su propia entidad la remisión de pruebas que ella y solo ella tiene.

Ahora bien, harto es sabido que sobre el tema de la prestación de servicios, la Corte Constitucional en innumerables pronunciamientos (sean en materia de control abstracto «Sentencias C», ora en control particular y concreto o Sentencias T y/o SU-) ha analizado la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, para concluir que en manera alguna el estado social y democrático de derecho prohija la posibilidad de encubrir una relación laboral con la artimaña de pactar contratos de prestación de servicios.

En reciente pronunciamiento, la Corte Constitucional<sup>14</sup> dijo:  
*“Para esta Sala es claro que en la realidad los municipios, y el Estado en general, en ocasiones se benefician de trabajo personal y subordinado sin satisfacer las condiciones jurídicas, establecidas en la Constitución y la ley, como indispensables para una vinculación laboral en forma. Pero eso no significa que no haya vínculo laboral. Aceptar que sólo por la inobservancia de las formas jurídicas de vinculación en regla, puede ser desvirtuado por completo el carácter laboral de una relación de prestación de servicios personales y subordinados, es concederle primacía a la forma sobre la realidad. Y eso es tanto como desconocer la Constitución. Porque esta última ordena justamente lo contrario: concederle primacía a la realidad sobre las formas (art. 53, C.P.). Por tanto, cuando la justicia laboral advierte que una persona le ha prestado sus servicios personal y subordinadamente a un municipio, pero no tiene la investidura de trabajador oficial, no puede simplemente absolver al municipio. Podría hacerlo si con seguridad el demandante es empleado público, pues en ese caso este tendría la oportunidad de ventilar sus pretensiones en la jurisdicción competente: la justicia contencioso administrativa. Pero si hay buenas razones para concluir que el peticionario no es ni trabajador oficial ni empleado público, la justicia laboral debe decidir el fondo de la cuestión de manera congruente: establecer si hubo relación de trabajo personal y subordinado, y en caso afirmativo condenar al municipio al pago de los emolumentos laborales dejados de concluir.” Tesouro.*

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Objeto. Características. Generalidades. Consecuencias**

El Estatuto General de Contratación regula en el numeral 3 del artículo 32<sup>15</sup>, el contrato de prestación de servicios y determina sus elementos esenciales, en particular su objeto o contenido prestacional y contiene disposiciones especiales para su celebración con personas naturales.

En tal perspectiva, la Sala de Consulta y Servicio civil del Consejo de Estado<sup>16</sup> ha dicho sobre tal forma de desarrollar labores personales:

*materia contencioso administrativa, adoptadas por la Ley 1195 de 2010”, ARTURO EDUARDO MATSÓN CARBALLÓ, Cartagena de Indias, diciembre de 2010, Ed. Universidad Libre de Colombia.*

<sup>14</sup> Sentencia T-550 de 2011, Referencia: expediente T-2995210, Acción de tutela interpuesta por Carlos Alberto Alahorra Noguera contra la Alcaldía Municipal de Galapa (Atlántico), la Rectora del Colegio María Auxiliadora de ese Municipio y la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORTIJA. Sentencia del 12 de julio de 2011.

<sup>15</sup> Artículo 32. (...)  
**3. Son contratos de prestación de servicios los que celebraen las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.”**

*Estos contratos sólo pueden 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.”*

*"El contrato de prestación de servicios tiene por finalidad realizar actividades relacionadas con la administración de la entidad o el cumplimiento de sus funciones; su carácter es temporal; el contratista goza de autonomía e independencia para la ejecución de las prestaciones y puede celebrarse tanto con personas jurídicas como naturales, en este último caso, siempre y cuando las actividades contratadas no pueden cumplirse con personal de planta o cuando las labores requeridas exigen conocimientos especializados de los que no disponen los servidores de la entidad".*

Si bien es cierto que el Estatuto General de Contratación Pública permite celebrar contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión; sin embargo, en virtud de lo establecido en la Sentencia C-614 del 2009<sup>37</sup>, sobre funciones de carácter permanente en la administración pública, **esta figura no debe desnaturalizarse, convirtiéndose esa clase de contratos en nóminas paralelas**, que es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales y que en modo alguno desarrolla el carácter programático de la Carta en cuanto el Estado Social de Derecho se realiza en el momento en que el empleador estatal proteja a sus empleados y les brinde las garantías necesarias para el desarrollo de sus funciones, con trato digno, remuneración adecuada y seguridad social.

Es que si se realizan actividades permanentes de carácter misional, se debe solicitar la creación de planta, ya sea temporal, supernumeraria o definitiva. De lo contrario, los contratos de prestación de servicios que se pretendan realizar deben ser no misionales y, solo excepcionalmente, para apoyo a la gestión, por un tiempo determinado y aplicados a una labor específica, única manera que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que la regulación por parte del Legislador respeta los derechos mínimos y básicos de los trabajadores, y por tanto *"no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales"*<sup>38</sup>.

La controversia, sin embargo, no debe perder de vista que las normas que regulan el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo no excluyen la posibilidad de que ambos se ejecuten al mismo tiempo pues, finalmente, son las partes, en cada caso, las que definen su concurrencia, de acuerdo con las necesidades del trabajo o el servicio requerido. En esta circunstancia, solo la primacía de la realidad declarada por un juez laboral o de lo contencioso administrativo puede determinar las obligaciones que surgen en cada tipo de contrato, en las condiciones legalmente establecidas dentro de las cuales, debe destacarse que el servicio se preste de manera ocasional, por lo que solo recibe honorarios en las condiciones pactadas, sin que pueda reclamar salario, prestaciones o liquidación final al terminar el vínculo, señaló la entidad.

<sup>37</sup> Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE; Consulta del 23 de noviembre de 2005. Radicación número: 11001-03-06-000-2005-01693-00(1693). Actor: Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Referencia: Contrato de prestación de servicios. Modalidad de apoyo a la gestión de la entidad. Procedimiento aplicable para su celebración.

<sup>38</sup> Referencia: expediente D-7615. Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968. Actor: María Fernanda Orozco Toes. Magistrado Ponente: Dr. JORGE IGNACIO PRETELI CHALJUB; Sentencia del 2 de septiembre de 2009.

La diferencia entre el contrato laboral o de trabajo y el contrato de prestación de servicios, fue atinadamente explicitada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-171 de 2012<sup>40</sup>, así:

*"Así el contrato laboral o de trabajo se caracteriza por una serie de requisitos legales, tales como la prestación personal de un servicio, bajo condiciones de dependencia y sujeción o subordinación, con una contraprestación remunerativa, de manera que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que independientemente de la forma y nombre que se le dé a ese contrato, prima la realidad sustancial o criterio material sobre la forma que adquiere dicho contrato."*<sup>41</sup>

*Por su parte, el contrato de prestación de servicios fue diseñado por el Legislador como un contrato estatal que celebran "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"*<sup>42</sup> (Resalta la Sala).

En punto a este tema, la jurisprudencia constitucional ha insistido que el contrato de prestación de servicios con el Estado, sólo se puede celebrar (i) para aquellas tareas específicas diferentes de las funciones permanentes de la entidad, (ii) en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por las personas vinculadas laboralmente a la entidad oficial contratante o (iii) cuando se requieren conocimientos especializados. Respecto de las características del contrato de prestación de servicios, la Corte ha precisado sus particularidades acerca del objeto de la obligación, la autonomía e independencia del contratista, y la temporalidad de la vigencia del contrato.<sup>43</sup>

Así misma, en repetidas oportunidades<sup>44</sup> esta Corporación ha advertido sobre los serios riesgos constitucionales que implica la distorsión del contrato de prestación de servicios y utilización fáctica para reemplazar o disfrazar verdaderas relaciones laborales. Por tanto, ha llamado la atención sobre las graves consecuencias que, para la supremacía constitucional y la vigencia del orden justo, representa la distorsión del contrato de prestación de servicios y su confusión con las vinculaciones laborales, lo cual implica el desconocimiento del régimen de contratación estatal, el desconocimiento de múltiples normas superiores referentes al derecho al trabajo, los derechos de los trabajadores y la función pública, de manera que se termina vulnerando el régimen laboral y se desconoce el régimen presupuestal de las entidades estatales. A este respecto, ha expresado la Corte:

*"...la ley regula detalladamente el contrato de prestación de servicios y toma medidas para darle una identidad propia, diferenciándolo del contrato de trabajo. Tal determinación resulta explicable por las graves implicaciones que tiene para el Estado la distorsión de ese contrato y la generación irregular, a través de él, de relaciones laborales."*

<sup>40</sup> Referencia: expediente U-8666, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 por medio de la cual se reforma el Sistema de Seguridad Social en Salud, Actor: Yessid Hernán Camacho Jiménez, Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA; Sentencia del 7 de marzo de 2012.

<sup>41</sup> Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

<sup>42</sup> Artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Cabe señalar que la definición de contrato de prestación de servicios fue modificada por el artículo 2° del Decreto 165 de 1997, pero esa norma fue declarada inaplicable por la Corte Constitucional en sentencia C-132 de 1997. Luego, en ese aspecto, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 no ha sido modificado.

<sup>43</sup> Al respecto ver la Sentencia C-154 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>44</sup> Véanse las sentencias C-154 de 1997, C-056 de 1993, C-094 de 2003, C-037 de 2003, T-214 de 2005, entre

*En primer lugar, la generación de relaciones laborales con ocasión de la suscripción de contratos de prestación de servicios involucra el desconocimiento del régimen de contratación estatal pues éstos sólo se tratan en relaciones de esa índole si se les imprimen carácter intemporal o si se incluyen cláusulas que subordinan al contratista a la administración, situaciones que son completamente ajenas a ese régimen contractual.*

*En segundo lugar, con ese proceder se desconocen múltiples disposiciones constitucionales referentes a la función pública pues de acuerdo con ellas no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (Artículo 122); los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (Artículo 123); el ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de estrictos requisitos y condiciones para determinar los méritos y calificaciones de los aspirantes (Art. 125) y la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (124).*

*En tercer lugar, se vulnera el régimen laboral porque se propicia la vinculación de servidores públicos con desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública y se fomenta la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestacionales con la consecuente vulneración de los derechos de los trabajadores.*

*En cuarto lugar, se desconoce el régimen presupuestal pues se prevén cargos remunerados sin que estén contemplados en la respectiva planta de personal y sin que se hayan previsto los emolumentos necesarios en el presupuesto correspondiente.*

*Finalmente, se causa un grave detrimento patrimonial al Estado pues como consecuencia de esas relaciones laborales, irregularmente generadas, se promueven demandas en su contra que le significan el pago de sumas cuantiosas<sup>44</sup> (Rosalia la Sala)*

5.4 *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 constataren 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.<sup>45</sup>*

*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 realida 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 constataren los elementos propios de la misma debe ser reconocida como tal.*

5.5 *En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (iii) requieran de conocimientos especializados.*

*En este sentido, esta Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la*

<sup>44</sup> Sentencia C-094 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, reiterado en sentencia C-014 de 2009.

administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a "la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucionales y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)" 46; (ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando "las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral"; (iii) al criterio temporal o de habitualidad, si "las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual"; (iv) al criterio de excepcionalidad, si "la tarea acordada corresponde a "actividades nuevas" y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta"; y (v) al criterio de continuidad, si "la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral". 47

En suma, de lo expuesto hasta aquí puede concluirse que el carácter de propio o permanente de la función contratada por una entidad del Estado, permite diferenciar si realmente se trata de un contrato laboral o de un contrato de prestación de servicios, ya que si la labor contratada hace parte de las funciones permanentes de la entidad o puede ser realizada por empleados de planta o no requiere conocimientos especializados, se trata en realidad de un contrato laboral aunque las partes le den el nombre y forma de contrato de prestación de servicios.

5.6 En consecuencia, esta Corporación reitera aquí la regla de prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución. A este respecto, esta Corte ha reconocido que actualmente se presenta un aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración, lo cual se ha convertido en una "práctica usual en las relaciones laborales con el Estado", ha conducido a "la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas", y ha dado lugar a las denominadas "nóminas paralelas" o destitución de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos periodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing. 48

Así, la Corte ha evidenciado la existencia de una gran brecha entre la regla de prohibición de contratación de servicios de funciones permanentes de las entidades públicas y la realidad fáctica relativa a este tema, constatando al efecto la falta de eficacia real de dicha prohibición derivada de los preceptos constitucionales mencionados, ineficacia que afecta temas estructurales de la Carta de 1991, como los principios rectores del derecho al trabajo y de la función pública. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reiterado de manera enfática la abierta inconstitucionalidad de "... todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas ... legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo". 49

<sup>46</sup> Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretsch Chaljub.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> A modo de ejemplo, la Corte se ha referido al caso de las cooperativas de trabajo asociadas, que "se han utilizado como instrumentos para desconocer la realidad del vínculo laboral, a pesar de que expresamente el

*Por tanto, la jurisprudencia de esta Corte ha afirmado categóricamente que la protección del derecho al trabajo y la relación laboral, la especial protección de la vinculación laboral con el Estado y los derechos de los servidores públicos, así como la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la forma, obliga tanto a los particulares o empleadores del sector privado, como a todas las autoridades públicas o empleadores del sector público, a respetar las prohibiciones legales dirigidas a impedir que los contratos estatales de prestación de servicios sean utilizados como formas de intermediación laboral, de deslaboralización, o de tercerización como regla general, de manera que deben ser obligados a responder jurídica y socialmente por la huida de la relación laboral. A este respecto, ha mencionado que corresponde tanto a los jueces, pero también a los empleadores, como a los órganos de control y a los entes del sector público como el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de Economía Solidaria, velar por la efectividad de las normas que protegen los derechos laborales de los trabajadores, de manera que se garantice la protección de la relación laboral y se evite la burla de los derechos derivados de la misma.*

*En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha sostenido la existencia de claros límites constitucionales a la contratación estatal derivados directamente de la Carta Política en sus artículos 25, 53, 123 y 125 Superiores, de manera que ésta debe respetar prevalentemente la regla general de acceso al trabajo permanente con el Estado, de respeto por la vinculación laboral con la administración, y por tanto la prohibición respecto de la celebración de contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones de carácter permanente o propias de la entidad, cuando exista personal de planta que pueda desarrollarlo o cuando no se requieran conocimientos especializados. En consecuencia, esta Corporación ha advertido e insistido, especialmente a las autoridades administrativas o empleadores del sector público, pero también a los particulares o empleadores del sector privado, sobre el necesario respeto a la prohibición derivada de las normas constitucionales mencionadas, de contratar a través de contrato de prestación de servicios, funciones permanentes y propias del objeto de las entidades privadas o públicas, ya que esta práctica "desdibuja el concepto de contrato" y "porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores" "pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales".<sup>50</sup> (Resalta la Sala)".*

El asunto se torna especialmente sensible cuando el Estado presta directamente los servicios de salud si se constata que, de conformidad con los artículos 40, 122 y 150 Superiores, el artículo 38 de la Ley 489 de 1994<sup>51</sup> y el artículo 194 de la ley 100 de 1993<sup>52</sup>, las Empresas Sociales del Estado hacen parte de la rama ejecutiva del poder público y tienen la misión de prestar de manera directa los servicios de salud, para lo cual deben crear y proveer los cargos públicos que se requieran en su planta de personal, con el fin de garantizar que dicho servicio público sea prestado de manera permanente, para atender las contingencias que se presenten, de conformidad con su misión y al nivel de atención.

El régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado determina, entre otras circunstancias el carácter de las personas vinculadas a estas empresas y el régimen contractual, por tal menester, el artículo 195 de la Ley 100 de 1993<sup>53</sup> estipula que i) las

<sup>50</sup>Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>51</sup> Normatividad que se reglamentó en mejor y más amplio espectro en la Ley 1438 de 2011.

<sup>52</sup> "ARTÍCULO. 194. Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creada por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo." Se pueden consultar las Sentencias C-665 de 2008 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-314 de 2004 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), y C-559 de 2004 (M.P. Álvaro Tafur Galvis y Alfredo Beltrán Sierra) de la Corte Constitucional acerca de su teleología, naturaleza y especificidad.

personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990<sup>51</sup>, y ii) que en materia contractual se regirá por el derecho privado pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, provisión que debe concordarse con el literal a) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que fija las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

En esa medida, la posibilidad de contratar con terceros, tareas que correspondan a funciones permanentes de las Empresas Sociales del Estado (o, como en el caso presente, funciones permanentes en el Dispensario Médico del Batallón), pone en grave riesgo tanto la prestación como la continuidad y permanencia del servicio público, junto con su idoneidad y calidad, así como la existencia de la carrera administrativa.

La Corte Constitucional, al examinar el artículo 59 de la Ley 1438 del 2011 en la Sentencia C-171 del 2012<sup>52</sup>, condicionó la *esequibilidad* de tal preceptiva que en cuanto les permite a las empresas sociales del Estado (ESE) desarrollar sus funciones mediante la contratación con terceros, pero especificando que la norma viola la prohibición constitucional de contratar funciones propias de las entidades estatales mediante prestación de servicios y vulnera el derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los fines de la administración pública. Sin embargo, para evitar la afectación de derechos y subsanar el desconocimiento de la Constitución, al alto tribunal le dio un alcance interpretativo en el sentido que es admisible esta forma de contratación bajo dos premisas, i. las ESE no podrán usar el contrato de prestación de servicios para desarrollar funciones permanentes, ii. únicamente podrán acudir a esta peculiar forma de contratación cuando las funciones no puedan ser realizadas por el personal de planta o cuando requieran conocimientos especializados ya que, en todo caso, iii. y reiterando la Sentencia C-614 del 2009, el uso del contrato de prestación de servicios en las entidades públicas es excepcional.

<sup>51</sup> ARTÍCULO 193. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico.

1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado".

2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.

3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.

4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

7. El régimen presupuestal será el que se prevenga en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de créditos contra prestación de servicios, en las fórmulas previstas en la presente ley.

8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.

9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.

<sup>52</sup> El artículo 26 de la Ley 10 de 1990 señala, que la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado estará conformada por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción, según el caso, a lo cual agrega en su párrafo que: "sus trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones".

<sup>53</sup> Referencia: expediente D-8666, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 por medio de la cual se reforma el Sistema de Seguridad Social en Salud, Actor: Yesid Hernán Camacho Jiménez, Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA; Sentencia del 7 de marzo de 2012.

**EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIO - El contrato realidad y las relaciones laborales.**

Si se quiere examinar la desnaturalización que de tanto en tanto se denuncia en la jurisdicción contencioso administrativa para hacerle producir los verdaderos efectos jurídicos al trabajo remunerado enquistado en el contrato de prestación de servicios es menester acudir a la Sección Segunda del Consejo de Estado que ha venido labrando una paciente pero fructífera tarea de interpretación de la realidad funcional que las entidades públicas finalmente suscriben para la realización de sus fines inherentes específicos.

Esa historia tuvo precisamente, eco doctrinal y jurisprudencial en fallos como el de 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente 0245<sup>96</sup> (M.P. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE), 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.

Razonó de la siguiente manera:

*"De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.*

*... De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los períodos que se encuentran señalados en el acápito de hechos probados."*

Tal tesis, se contrapone a jurisprudencia anterior en la que se sostuvo que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que exista un sometimiento a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador en la prestación de servicios personales y remunerados a favor de una entidad pública y, en ese evento, surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales; para llegar a estas conclusiones, no debe asaltarse a la duda al juzgador en cuanto la circunstancia de que "consciente y libremente el trabajador haya aceptado las condiciones de contratación que le fueron planteadas en el contrato de prestación de servicios resulta indiferente en una situación como la que en abstracto se ha planteado, pues ni aún el consentimiento puede considerarse como expediente válido para que el trabajador renuncie a los beneficios prestacionales que la ley prevé en su favor, según lo dispuso el artículo 53 de la Constitución"<sup>97</sup>, "no obstante haber una formalidad distinta, prima el vínculo real por concurrir en él los elementos requeridos, la prestación personal, la subordinación y la remuneración" pues en puridad de verdad, es insostenible que

<sup>96</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "B", Consejero ponente: JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE; Sentencia del 23 de junio de 2005. Radicación número: 18001-23-31-000-1998-00027-01(243-03). Actor: Father Cruz Olaya. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, Autoridades Nacionales.

existen relaciones de coordinación, cuando la actividad de la actora se llevó a efecto de conformidad con las orientaciones emanadas de la entidad mencionada, y no de otra forma o bajo su propia dirección y gobierno.

La línea jurisprudencial en cuanto al reconocimiento de los efectos laborales desnaturalizados de un contrato de prestación de servicios está ricamente documentada en las siguientes sentencias:

1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "B", Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA; Sentencia del 28 de enero de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2001-03195-01 (0782-08), Actor: Yuri Gutiérrez Florez, Demandado: Hospital San Rafael de Girardot, Autoridades Departamentales.
2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "B", Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA; Sentencia del 27 de enero de 2011, Radicación número: 05001-23-31-000-1998-03542-01 (0202-10), Actor: Gloria Milsidy Giraldo Giraldo, Demandado: Municipio de Rionegro - Antioquia.
3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "A", Consejero ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA; Sentencia del 7 de septiembre 2006, Radicación número: 68001-23-15-000-1999-02166-01(9358-05), Actor: Libardo Rueda Gutiérrez, Demandado: Municipio de Floridablanca - Santander.
4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO; Sentencia de agosto 14 de 2003, Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0526-01(3590-01), Actor: Jorge Andrés Hincapié Correa, Demandado: Hospital de Caldas - Empresa Social del Estado, Asuntos Municipales.
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "B", Consejero ponente: JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE; Sentencia del 5 de mayo de 2005, Radicación número: 88001-23-31-000-2002-00071-01(3731-03), Actor: Silvestre Mc Lean Martínez, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje - Sena, Autoridades Nacionales.
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "A", Consejero Ponente: JAIME MORENO GARCÍA; Sentencia del 17 de abril de 2008, Radicación: 54001233100020000002001 (2776-2005), Autoridades Departamentales, Actor: José Nelson Sandoval Cárdenas.
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "B", Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE; Sentencia del 16 de febrero de 2012, Radicación número: 41001-23-31-000-2001-00050-01(1187-11), Actor: Eduardo Niño Paredes, Demandado: Municipio de Yaguaró, Huila, Autoridades Municipales.

Corolario de lo dicho es que i. el Estado que infringe el ordenamiento jurídico al contratar por medio irregular los servicios de personal, eludiendo los requisitos de la existencia del cargo en la planta de personal, del presupuesto, del acto administrativo de nombramiento y de la posesión, convirtiendo el contrato de prestación de servicio en una simple práctica elusiva, no puede tener sino consecuencias desfavorables en cuanto se juzgan tales conductas, ii. ese Estado infractor no puede entonces beneficiarse de su conducta irregular, ni puede pretender que se traslade la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esa manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de la realidad sobre la formalidad lo que impone es que se le reconozca con certeza y efectivamente todo derecho que deviene del despliegue de su actividad laboral, iii. como el artículo 85 del C.C.A. concibe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para proteger derechos amparados por

(que surge cuando no es posible volver las cosas al estado anterior porque la misma naturaleza del daño impide tal circunstancia), sino restablecer los derechos conculcados, a través de una retribución pecuniaria, iv. para ello, devolverá la situación al estado existente con anterioridad a la lesión inferida con la declaración judicial de la existencia de la relación laboral del orden legal y reglamentario, con todo aquello que le sea inherente; esto es, reconociendo el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes<sup>58</sup>, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación.

**EL CASO CONCRETO.**

He aquí una relación de hechos probados:  
De conformidad con los documentos allegados al expediente, no existe duda que la demandante.

- 1. Laboró para la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL(Dirección General de Sanidad Militar, Séptima División, Brigada XV del Ejército Nacional, Batallón de Infantería No. 12, Alfonso Mansalva F. de Quibdó, Dispensario médico de la Unidad o Establecimiento de Sanidad Militar del Batallón) mediante contratos de prestación de servicios medico hospitalarios desde el 1 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2008, desempeñando "funciones de Enfermera jefe" o como "Enfermera profesional"<sup>59</sup> porque en el Batallón de Infantería No. 12, Alfonso

<sup>58</sup> No es, por tanto, una decisión estra-petita, pues como quedó dicho, son derechos inherentes a la relación laboral. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "A", Consejero Ponente: JAIME MORANO GARCÍA; Sentencia del 17 de abril de 2008, Radicación: 54001233100020000002001 (2776-2005), Autoridades Departamentales, Actor: José Nelson Sandoval Cárdenas.

<sup>59</sup> Esta clase de documento en principio sería inadmisibles en su calificación pero como la entidad acionada no la impugnó ni tachó, es procedente su examen pues "se trata de copias de documentos públicos que no fueron tachados de falsos y tienen el reconocimiento implícito de que son los aporados artículos 276, ejusdem, por lo que no puede descartarse de plano su valor probatorio". En ese sentido pueden consultarse las siguientes providencias del Consejo de Estado:

- Sentencia T-599 de 2009, de la Corte Constitucional (M.P. Juan Carlos Henao Pérez,);
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "B", Consejero ponente: BERTHA LUJITA RAMÍREZ DE PÁEZ; Sentencia del 2 de agosto de 2007, Radicación número: 15001-23-31-000-2003-01162-01(1926-04), Actor: Melo Ezequiel Aguirre Espinosa, Demandado: Departamento de Boyacá, Apelación Interlocutorias;
- Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 7 de abril de 2005, Rad. 76001-23-31-000-2001-00398-02(1710-03);
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "B", Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE; Sentencia del 28 de abril de 2011, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01286-01(1083-09), Actor: Manuel José González Flores, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social, Autoridades Nacionales;
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO; Sentencia del 18 de mayo de 2011, Radicación número 68001-23-15-000-2003-02336-01 (167-2009), Actor: Alvaro Veloz;
- Corte Constitucional, Sentencia C-159 de 2007;
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN; Sentencia del 2 de mayo de 2011, Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00388-00(AC), Actor: Faber Augusto Núñez Ochoa, Demandado: Tribunal Administrativa del Casar;
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "B", Consejero ponente: BERTHA LUJITA RAMÍREZ DE PÁEZ; Sentencia del 1 de julio de 2009, Radicación número: 27001-23-31-000-2002-01189-01(2694-03), Actor: Petrona Delgado Rosero, Demandado: Municipio de Quibdó;
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN; Sentencia del 22 de mayo de 2008 Radicación número: 57001-23-11-000-2003-01309-01(1371-06), Actor: Eduardo Edmundo

Manosalva F. de Quibdó o en el "Hospital Militar Regional de Medellín", o en el "Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares", dentro de "su planta no cuenta con personal suficiente para desarrollar este servicio" a favor de sus usuarios, según quedó certificado tanto por los contratos mismos (folios 27 a 41), como por el Jefe de Personal de la entidad accionada (Séptima División, Brigada XV del Ejército Nacional, Batallón de Infantería No. 12, Alfonso Manosalva F. de Quibdó -folio 46-).

2. Aunque el formato de contratación fue el mismo o muy parecido a lo largo de la vinculación; sin embargo se tiene:
  - a. Entre los meses de febrero, marzo, abril de 2007, se pactó una contraprestación mensual de \$750.000.00 (folio 27 vto.).
  - b. Entre los meses de mayo, junio, julio de 2007, se pactó una contraprestación mensual de \$1.500.000.00 (folio 30 vto.).
  - c. Entre los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre de 2007, se pactó una contraprestación mensual de \$1.500.000.00 (folio 34 vto.).
  - d. No se arrimó la copia del contrato correspondiente a los meses de diciembre de 2007 y los 10 primeros días de enero de 2008, no obstante lo cual, es evidente que en este periodo también laboró como contratista según se asevera en la certificación expedida por el Jefe de Personal de la entidad accionada (Séptima División, Brigada XV del Ejército Nacional, Batallón de Infantería No. 12, Alfonso Manosalva Flórez de Quibdó -folio 46-).
  - e. Entre los meses de enero (20 días) a diciembre de 2008, se pactó una contraprestación total de \$19.320.967.74 y una desagregación mensual de \$1.170.967.745 y de febrero a diciembre \$1.650.000.00 (folio 38 vto.).
3. En el último de los contratos reseñados (043-DGSM/HREM-2008 -folios 38 a 40 y vto.-), se especifica claramente que el "Supervisor" del contrato es el "Subteniente Pedro Manuel Reyes Llerena"; además, a folio 41 aparece original del recibido de la comunicación suscrita por Rubiela Giraldo Osorio al Subteniente Pedro Manuel Reyes Llerena, en su calidad de "Director dispensario médico BIAMA", comunicación que fuera recibida por el ST REYES el 6 de noviembre de 2008 a las 14:00 horas, en la cual le manifiesta "Por medio del presente me dirijo a usted con el objeto de informarle que me encuentro en estado de gravidez con aproximadamente 6.5 semanas de gestación" y que anuncia como anexo "Resultado de laboratorio por mi EPS y ecografía" que aparecen a folios 42 y 43.
4. Original del documento "Enterado" suscrito el 1 de diciembre de 2008 por el Comandante del Batallón de Infantería No. 12, BG Alfonso Manosalva Flórez (Establecimiento de Sanidad Militar) en el cual se le exterioriza a Rubiela Giraldo Osorio en su calidad de "Enfermera Jefe Hospitalizados E.S.M. BIAMA" que su contrato 043-DGSM-HREM/08 termina el 31 de diciembre de 2008 "y en caso de ser renovado se le estará informando con anticipación", para lo cual le agradece su valiosa colaboración, irónicamente, en el documento también se lee "2008 Año del fortalecimiento del respeto por los derechos humanos" (folio 44).

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA; Sentencia del 18 de noviembre de 2010, Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01096-00(A.C), Actor: Vicentia Alberta Vallejo Paredes, Demandado: Tribunal Administrativo de Nariño.
- Sección Segunda, sentencia de 16 de septiembre de 2010, Rad. 2010-00897, M.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.
- Sección Segunda, sentencia de 4 de marzo de 2010, Rad. 2003-00013, M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUBÉN.
- Sección Segunda, sentencia de 14 de agosto de 2009, Rad. 2009-00686, M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.
- Corte Constitucional, sentencia T-134 de 2004.

5. Copia de la Orden del día 160 del Comando del Batallón de Infantería No. 12, BG Alfonso Manosalva Flórez para el 3 de agosto de 2007 en la cual se nombra a la hoy accionante en las Oficinas de Salud ocupacional del Batallón (folios 48 a 49 y vto.).
6. Copia del documento "Enterrado" suscrito el 28 de noviembre de 2008 en el Batallón de Infantería No. 12, BG Alfonso Manosalva Flórez (Establecimiento de Sanidad Militar BIAMA), por la Directora encargada, en el cual se le exterioriza a Rubiela Giraldo Osorio en su calidad de "Enfermera jefe Hospitalizados", y a otros profesionales paramédicos "que deben dictar charlas o academias sobre... Bioseguridad y uso de elementos de protección personal, dirigido al personal de rancheros, dispensario médico y de planta", para lo cual deben "mezclar copias actas realizadas en el mes de octubre" (folio 57), junto con la copia del Acta correspondiente a su ejecución (folio 59).
7. Copia del Acta No. 87 del 28 de noviembre de 2008, en la cual se otea que la hoy accionante y otros profesionales paramédicos intervinieron en una capacitación al personal de Enfermeros del E.S.M. sobre el manejo de enfermería de la úlcera de Leishmaniasis "en base a la Circular 452066..." (folios 58 y vto.)

El recuento probatorio nos da por acreditado:

1. Se observa que la falta de personal de planta para servir como Enfermera jefe o Enfermera profesional propició que se vinculara a la actora con vocación de permanencia para desarrollar dichas labores para la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL (Dirección General de Sanidad Militar, Séptima División, Brigada XV del Ejército Nacional, Batallón de Infantería No. 12, Alfonso Manosalva F. de Quibdó, Dispensario médico de la Unidad o Establecimiento de Sanidad Militar del Batallón).
2. Las ordenes que el mando militar podía dar a la accionante, prueba de manera irrefutable uno más de tantos hechos que son indicadores de que existió una relación de naturaleza laboral. Así lo estimó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>10</sup>, en cuanto senaló que dar instrucciones para el cumplimiento de actividades y asignar tareas y responsabilidades específicas de obligatorio cumplimiento o expedir comunicados para corregir las irregularidades en la ejecución de labores y las calificaciones de desempeño son ajenas a la autonomía e independencia que supone un contrato de prestación de servicios y, por el contrario, encuadran en la prestación de servicios subordinados, sin importar la naturaleza jurídica que las partes le asignen al contrato, o del contenido de las cláusulas que se refieren al "contratista independiente", o el sometimiento a las normas del Código Civil o al contrato de prestación de servicios regulado por la Ley 80 de 1993 y la expresa manifestación de que "no genera relación laboral", agregó.
3. La asignación de turnos para ser cumplidas por la accionante, impone reconocer que el cumplimiento de un horario es uno de los aspectos de la subordinación laboral que acredita la desnaturalización del contrato de prestación de servicios de la ahora actora, como elementos de convicción sobre la situación fáctica que se debate, lo que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo sus servicios como fuerza laboral subordinada. Por consiguiente, no se trató de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, sino de una verdadera relación de trabajo, que por ello, requirió de la continuidad que ha sido destacada, lo cual se constituye en una prueba de que la administración utilizó erróneamente la figura del contrato de prestación de servicios, cuando en realidad se trata de una relación de tipo laboral.

- 4. Adicionalmente a lo anterior, se aprecia que todas las órdenes de trabajo suscritas por las partes, estipula las funciones de la supuesta Contratista como quien desempeña un cargo más en el "Sistema de Salud de las Fuerzas Militares", porque dentro de "su planta no cuenta con personal suficiente para desarrollar este servicio" a favor de sus usuarios, reconociendo su asignación contractual.

Todo lo anterior corrobora que pese a que la demandante desarrolló su actividad bajo la figura aparente de órdenes o contratos de prestación de servicios, tuvo lugar una relación de tipo laboral, que debió acatar la normativa que regula una relación estatutaria o legal pues evidentemente el vínculo que ató a la demandante con la administración era de índole laboral, cumpliendo actividad personal, horario de trabajo y subordinación permanente a las autoridades del Ministerio de Defensa Nacional vinculadas con "Sistema de Salud de las Fuerzas Militares", aunque no ponga a la persona que suministra su fuerza laboral en la misma situación legal y reglamentaria en la que pueda encontrarse otra persona que desempeña como empleado público una actividad similar, precisamente, porque, dentro de "su planta no cuenta con personal suficiente para desarrollar este servicio" a favor de sus usuarios.

Es un imposible racional, ético, fáctico, institucional y jurídico pensar que fuera del texto preciso de lo contratado, la accionante pudiera tener autonomía para desarrollar sus labores con Enfermera jefe o Enfermera profesional con prescindencia de la subordinación implícita en la visión y la misión que supone las tareas que cumple la Dirección General de Sanidad Militar, el Dispensario médico de la Unidad o el Establecimiento de Sanidad Militar del Batallón. El elemento autonómico carece de potencialidad alguna en una entidad castrense pues su razón de ser es precisamente su organización piramidal en lo institucional y su organización prestacional sanitaria en lo puramente asistencial; los usuarios del "Sistema de Salud de las Fuerzas Militares"<sup>61</sup> no pueden ser sino, específicamente, los miembros de la fuerza armada y sus familiares.

La entidad, al asegurar los servicios de una persona a través de contratos de prestación de servicios y órdenes de trabajo, lo único que propicia es la quiebra de voluntad del administrado que, al deber legal de auto sostenibilidad y de su familia, sencillamente se pliega a la arbitrariedad de la autoridad que descuroce la base misma de su función legal y propicia las odiosas "nóminas paralelas" con la diferencia de que a quienes las conforman les despoja de todo derecho surgido de tal relación y los derechos mínimos reconocidos en las normas laborales que son, como se sabe, irrenunciables.

**COROLARIO Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.**

Este capítulo se dejará tal y como quedó redactado en la Sentencia 185 del 11 de diciembre de 2014 dictada por el Tribunal Administrativo del Chocó, dejada sin efectos en la parte atinente al restablecimiento del derecho; sin embargo, por las órdenes impartidas en la Sentencia del 16 de diciembre de 2015<sup>62</sup>, no se llevarán

<sup>61</sup> El Gobierno expidió el Decreto 1795 de 2000, mediante el cual se reguló el Sistema de Salud de la Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ; Sentencia del 16 de diciembre de 2015, Referencia: Acción de Tutela, Radicado 11001-03-15-000-2015-01583-00. Accionante: Nación - Ministerio de Defensa Nacional. Accionado: Tribunal Administrativo del Chocó. Tema: Tutela contra Providencia Judicial, Violación Directa de la Constitución, Principio Non reformatio in pejus, Decisión: Se Accede al Amparo Solicitado, Fallo

a la parte resolutive pues el restablecimiento del derecho ha de quedar incólume fue redactado en la Sentencia No. 178 del 31 de agosto de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Quibdó, quien, por el contrario, estimó que el restablecimiento del derecho debía atender al pedimento del actor, con sus límites y como consecuencia de ello, aplicó el artículo 239 (num. 3) del C. S. del T., sin los condicionamientos impuestos por la Corte Constitucional en el fallo C-437 de 1997.

Volviendo al fallo quebrado por el Juez constitucional, el Tribunal razonó en su momento:

Desvirtuado quedó que la accionada NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL haya desarrollado legalmente la vinculación de la actora mediante contratos de prestación de servicios desde el 1 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2008 (folio 46), desempeñando "funciones de Enfermera jefe", por lo tanto, esta jurisdicción develó correctamente la realidad sobre las formas y en el mismo sentido ordenará restablecer el derecho conculcado a la actora al negar, fictamente, el reconocimiento, liquidación y pago de sus prestaciones laborales.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con el restablecimiento del derecho reconocido en la sentencia de instancia, razón por la cual el Tribunal deberá hacer la precisión legal correspondiente<sup>65</sup>. Para el efecto, esta Corporación recuerda que se trata de un asunto con relevancia constitucional donde la parte actora, por conducto de su apoderado, incurrió en yerros protuberantes de técnica en la formulación de la demanda que hicieron obligatorio a este Tribunal acudir a la Sentencia C-197 de 1999<sup>66</sup> de la Corte Constitucional para estudiar el tema previo a habilitarse para resolver el fondo del asunto.

En este escenario pues, el restablecimiento del derecho no es el que se impetre en la demanda, sino el que corresponde al caso en concreto dado el régimen prestacional al que se ha de acudir para el reconocimiento prestacional laboral correspondiente<sup>67</sup>.

No sobra remitirse a lo dicho por el Consejo de Estado en la Sentencia arquimédica<sup>68</sup> que dio una lectura propia de un Estado Social y Democrático de Derecho al restablecimiento del derecho cuando la Jurisdicción Especializada de lo Contencioso

<sup>65</sup> Esta Sentencia fue confirmada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUIBÍO; Sentencia de marzo 3 de 2016 (Expediente No. 11001-03-15-000-2015-01583-01), Actor: Nación - Ministerio de Defensa Nacional, Demandado: Tribunal Administrativo del Chocó, Acción de Tutela - Fallo de Segunda Instancia).

<sup>66</sup> El Tribunal Administrativo del Chocó reitera, por las órdenes impartidas en la Sentencia del 16 de diciembre de 2015 del Consejo de Estado, actuando como Juez Constitucional, no se llevarán a la parte resolutive pues el restablecimiento del derecho ha de quedar incólume fue redactado en la Sentencia No. 178 del 31 de agosto de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Quibdó.

<sup>67</sup> Referencia: Expediente D-2172, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 137 numeral 4 del Código Contencioso Administrativo, Actor: Elson Rafael Rodrigo Rodríguez Beltrán, Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL; Sentencia de abril 7 de 1999.

<sup>68</sup> El Tribunal Administrativo del Chocó reitera, por las órdenes impartidas en la Sentencia del 16 de diciembre de 2015 del Consejo de Estado, actuando como Juez Constitucional -sentencia confirmada por la Sección Quinta de la misma Corporación-, no se llevarán a la parte resolutive pues el restablecimiento del derecho ha de quedar incólume fue redactado en la Sentencia No. 178 del 31 de agosto de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Quibdó.

<sup>69</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "A", Consejero Ponente: JAIME MORENO GARCÍA; Sentencia del 17 de abril de 2008, Radicación: 54001233100020000002001 (2776-2005), Autoridades Departamentales, Actor: Jose Nelson Sandoval Cárdenas.

Administrativo probatoriamente devela un encubrimiento ilegal de una relación laboral so pretexto de pactar un contrato de prestación de servicios con la administración.

*"Así las cosas, el Estado infractor no puede entonces beneficiarse de su conducta irregular y pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esa manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de la realidad sobre la formalidad lo que impone es que se le reconozca con certeza y efectivamente todo derecho que deviene del despliegue de su actividad laboral".*

Para lo cual razono atinadamente:

*"No obstante, la Corte Constitucional ha expresado sobre la situación jurídica de estos supuestos contratistas, lo siguiente:*

*"Si el juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentre probado, atargarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP. Sin embargo a partir de esta premisa, no podrá en ningún caso conferírle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal" ...*

*"La mera prestación de trabajo, así beneficie al Estado, se comprende, aparte de calificarse como relación laboral y derivar de ella los derechos contemplados en las normas que la regulan, no coloca a la persona que la suministra en la misma situación legal y reglamentaria en la que pueda encontrarse otra persona que desempeña como empleado público una actividad similar. Admitir que ello pudiera ser así, significaría hacer caso omiso de: (1) la existencia de un acto administrativo que ordene la respectiva designación, que es sustituido por una simple práctica realizada al margen de las condiciones constitucionales y legales que deberían darse para poder producir la vinculación; (2) la posesión para tomar el cargo, de modo que sigilosamente pueden ingresar al servicio público personas que no asumen públicamente el compromiso de obedecer la Constitución y las leyes; (3) planta de personal que no contempla el empleo o cargo que mediante la vía de hecho pretende consolidarse; (4) la disponibilidad presupuestal para atender el servicio, con lo cual se pueden generar obligaciones que superen las posibilidades fiscales, además por parte de personas y autoridades no autorizadas para gravar el erario público y a través de procedimientos no democráticos; (5) las regulaciones generales que gobiernan el ejercicio, las responsabilidades públicas y la forma de remunerarlas, las cuales son sustituidas por estipulaciones que, por desconocer el régimen legal, representan una invasión de poderes que son del resorte del Congreso, las Asambleas o los Concejos, o de otras autoridades". (Sentencia C-555 de 1994).*

*Para la Sala, las razones esgrimidas por la Corte Constitucional en el texto transcrito, tienen lugar en casos en que haya sido el administrado quien haya conitado dar cumplimiento a las previsiones legales para acceder a la posesión en el cargo, caso en el cual, como es apenas lógico, no podrá ejercerlo válidamente ni pretender derivar beneficio alguno de una situación que nunca llegó a consolidarse. Pero cuando la prestación del servicio tiene lugar por parte de quienes simplemente son llamados a laborar bajo la modalidad que impone el propio Estado, sin oportunidad alguna de discutir las condiciones en que habrá de regirse tal relación, cabe sin duda otra lectura de la aplicabilidad de las exigencias constitucionales y legales para acceder al servicio público.*

*En primer lugar, es preciso adentrarse en la génesis de los principios generales del derecho, que no son otra cosa que la expresión de valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, sobre los cuales se constituyen las convicciones ética - jurídicas de una comunidad y, por ende, son los que dan sentido a determinadas reglas. Su denominación de principios precisa su carácter básico en sentido ontológico.*

*En el derecho administrativo los principios están descifrados por las fines políticas de las normas, en cuanto expresan necesidades públicas. Por ello las normas no pueden convertirse sólo en instrumentos de políticas concretas y cambiantes que tiendan a instrumentalizar también a los ciudadanos y sus derechos, sino que ante todo han de ser la expresión de un sistema de relaciones justas; entonces, la justicia es un criterio incluíble para el funcionamiento de la vida social y de legitimidad de las instituciones, como unidades elementales de la vida jurídica.*

*El derecho administrativo, surgido en el seno de la Revolución Francesa como expresión de un nuevo régimen donde impera la voluntad general (ley) en contraposición a la voluntad monárquica (individual), se fundamenta en la necesidad de arbitrar acciones de protección para resolver problemas de justicia en los enfrentamientos entre la administración y los ciudadanos. Ningún sentido tendría el surgimiento de esta rama del derecho y su consecuente ficción jurídica - la administración - , si su actuar no se rige bajo los supuestos de la legalidad objetiva, que se sobrepone a la misma administración. Lo contrario lo equipararía con la emanación personal del soberano, régimen que le precedió.*

*Así, el principio de legalidad de la administración debe operar como cobertura legal de toda actuación, pues es la potestad gestada en esa legalidad la que la habilita para su acción, otorgándole poderes jurídicos en los que se concreta el poder público. Así, el vértice finalista debe encaminarse a la gestión fundada en la materialización de valores superiores como la justicia, la igualdad, el pluralismo, donde el imperio del derecho en el que además de leyes formales, entran esos valores, los principios y las garantías constitucionales, es la que constituye el parámetro del control de legalidad de la actividad administrativa.*

*Por tanto, el control de legalidad no está circunscrito a la idea confundida de la ley, sino que está conformada por el contenido material del ordenamiento jurídico. Además, debe considerarse que el papel de la administración dentro de una democracia es inseparable de la teoría y la práctica del derecho y su poder es un poder delegado, al servicio de la colectividad y en nombre de ella.*

*La entidad, al contratar los servicios de una persona a través de contratos de prestación de servicios y órdenes de trabajo, en abierta contradicción con el derecho consagrado en el artículo 53 Superior y el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que prohíbe su realización por ser actividades propias del personal de planta, que no requieren conocimientos especializados, impone al servidor una relación no convenida y lo induce a la firma de tales órdenes y contratos, que día a día se han convertido en la generalidad de la forma como la administración pacta la prestación de los servicios, constituyendo "nóminas paralelas" con la diferencia de que a quienes las conforman les despoja de todo derecho surgido de tal relación. Además, los derechos mínimos reconocidos en las normas laborales son irrenunciables.*

*El Decreto 2400 de 1968, régimen de administración de personal de la Rama Ejecutiva, concibe el empleo como el conjunto de funciones señaladas en la Constitución, la ley y el reglamento, para ser atendidas por una persona natural y sólo excluye del concepto de empleados a quienes prestan servicios ocasionales y que cataloga como meros auxiliares de la administración pública. De manera que lo que corresponde hacer a la administración es crear los cargos suficientes para el cumplimiento de las funciones de cada entidad y no acudir a la figura ficticia de contratación que, sin duda, desvirtúa el servicio público, pues, se repite, la contratación en la forma en que se ha venido dando está sólo permitida en la Ley 80 de 1993*

para casos de excepción que se enmarquen dentro de la excepcionalidad y la pericia en actividades específicas, en todo caso, extrañas a la función propia de la entidad.

Es, esa la razón por la que el artículo 2º infine del Decreto 2400 de 1968 señala: "Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones."

Así mismo, la Ley 790 de 2002, reiteró el precepto anterior al disponer: "Artículo 17. Plantas de personal. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán 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. En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular. Parágrafo. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública." (Negrilla por fuera del texto original).

Es, por tanto, el Estado el que infringe el ordenamiento jurídico al contratar por ese medio los servicios de personal, precarizando los requisitos de la existencia del cargo en la planta de personal, del presupuesto, el acto administrativo de nombramiento y la posesión, convirtiendo todo ello en una simple práctica."

En consecuencia, el régimen prestacional integral, con el cual se habría de reconocer y liquidar las prestaciones sociales, es el específico de las fuerzas armadas, vigente al 1 de diciembre de 2008 (folio 44), cuando decidió la entidad accionada no renovar la relación laboral que venía encubriendo a través de la contratación por prestación de servicios que se atisba. No sobra repetirlo, rubro por rubro y prestación por prestación que el personal civil al servicio de las Fuerzas Militares percibe ordinaria y comúnmente; sin embargo de ello, el Juez Constitucional ordenó respetar las decisiones de primera instancia como intangibilidad de los principios de congruencia y de prohibición de reformatio in pejus.

El reconocimiento y pago de las prestaciones sociales correspondientes a los periodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral<sup>62</sup>, se reconocería, según el cuadro que aparece en las consideraciones de esta sentencia en virtud de cada contratación mensualizada o periodizada como base para la liquidación prestacional de cada una de las dádivas legalmente admitidas para los demás empleados públicos de la entidad<sup>63</sup>. Se aclara que para el periodo comprendido entre el mes de diciembre

<sup>62</sup> *Atento* a lo que la Sala sigue a pie juntillas las conclusiones adoptadas por el Honorable Consejo de Estado en cuanto definió las consecuencias del levantamiento del velo contractual en estas circunstancias en la sentencia arquimedica del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "A", Consejero Ponente: JAIME MORENO GARCÍA; Sentencia del 17 de abril de 2008. Radicación: 54001233100020000002001 (2776-2005). Autoridades Departamentales. Actor: José Nelson Sandoval Cárdenas.

<sup>63</sup> El Tribunal Administrativo del Coclé reitera, por las ordenes impartidas en la Sentencia del 16 de diciembre de 2015 del Consejo de Estado, actuando como Juez Constitucional, no se llevarán a la

de 2007 y los 10 primeros días de enero de 2008, la entidad pública haría la liquidación con base en lo efectivamente pagado, en la proporción correspondiente pues, es inconcuso que la accionante laboró ininterrumpidamente entre el 1 de febrero de 2007 y el 31 de diciembre de 2008 (folio 46).

Las sumas que resultarían, se habrían de ajustar de conformidad con el artículo 178 del C.C.A. y la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente en la fecha en que debería efectuarse el pago).

Los intereses serían reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada prestacional y el acto administrativo liquidatorio se notificará tanto a la actora como a quien representó sus intereses en este asunto.

**La terminación del vínculo contractual en momentos de gravidez de la actora y la forma de establecer el derecho.**

Este capítulo se dejará tal y como quedó redactado en la Sentencia 185 del 11 de diciembre de 2014 dictada por el Tribunal Administrativo del Chocó, dejada sin efectos en la parte atinente al restablecimiento del derecho; sin embargo, por las órdenes impartidas en la Sentencia del 16 de diciembre de 2015<sup>69</sup>, no se llevarán a la parte resolutoria pues el restablecimiento del derecho ha de quedar incólume fue redactado en la Sentencia No. 178 del 31 de agosto de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Quibdó, quien, por el contrario, estimó que el restablecimiento del derecho debía atender al pedimento del actor, con sus límites.

Se dice lo anterior porque el Juez *a quo*, no obstante explicar que el restablecimiento del derecho debía reconocerse de acuerdo con las Sentencias del 28 de junio de 2001<sup>70</sup>

**178 del 31 de agosto de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Quibdó.**

<sup>69</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, Sentencia del 16 de diciembre de 2015. Referencia: Acción de Tutela. Radicado: 11001-03-15-000-2015-01383-00. Accionante: Nación – Ministerio de Defensa Nacional. Accionado: Tribunal Administrativo del Chocó. Tema: Tutela contra Providencia Judicial. Violación Directa de la Constitución, Principio *Nisi reformato in pejus*. Decisión: Se Accede al Amparo Solicitado, Fallo de Primera Instancia.

Fallo que luego fuera confirmado por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

<sup>70</sup> Radicación 71001233100019980168601, C.P. TARSICIO CÁCERES FORO, Demandado: Municipio de Mariposa -Tolima-, Demandante: María Bertha Diaz Correa, Acción de Tutela y Restablecimiento del Derecho, Apelación de la Sentencia de 8 de mayo del 2000, Proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima. Nulidad de los Actos administrativos fictos por configuración del silencio administrativo negativo observado por el Alcalde del Municipio de Mariposa con relación a las solicitudes elevadas por el actor el 6 de octubre de 1997 y el 19 de junio de 1998.

y del 17 de abril de 2008<sup>71</sup>; rápidamente y sin ninguna razón aplicó dos normas del C. S. del T. –artículos 236 numeral 1 y 239, numeral 3<sup>72</sup>–, cuando en realidad el restablecimiento del derecho debía concederse, de acuerdo con **a.** el contenido normativo del 170 del C.C.A. en cuanto explica que “Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán esbucir disposiciones nuevas en remplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas”, **b.** la Sentencia de constitucionalidad C-470 de 1997<sup>73</sup> y **c.** los precedentes del Consejo de Estado<sup>74</sup>.

Volviendo al fallo quebrado por el Juez constitucional, el Tribunal razonó en su momento:

La apelación interpuesta por la apoderada de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional se duele que el Juez *a quo* reconoció la indemnización de que tratan los artículos 236 (numeral 1) y 239 (numeral 3) del C. S. del T. –sin acatar el único sentido que halló la Corte Constitucional para darle protección a la mujer grávida–,

<sup>71</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “A”, Consejero Ponente: JAIME MORENO GARCÍA; Sentencia del 17 de abril de 2008. Radicación: 54001231100020000002001 (2776-2005). Autoridades Departamentales. Actor: José Nelson Sandoval Cárdenas.

<sup>72</sup> Aplicó el artículo, tal y como fue modificado por la Ley 50 de 1990, sin tener en cuenta que el artículo de marras fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-470-97 del 25 de septiembre de 1997, Magistrado Ponente Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, pero con sentencia MODULADORA E INTEGRADORA. En el entendido de que, en los términos de esta sentencia, y debido al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts 41 y 52), carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, y en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, quien debe verificar si existe o no justa causa probada para el despido.

<sup>73</sup> Referencia: Expediente D-1606, Norma acusada: Artículo 239 ordinal 3º del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, Demandante: Luis Antonio Vargas Álvarez, Temas: Protección de la mujer embarazada, fuero sindical y principio de igualdad, Fundamentos e implicaciones constitucionales de la especial protección de la maternidad en el campo laboral; el derecho a una estabilidad reforzada, Despido de mujer embarazada sin autorización previa; insuficiencia del mecanismo indemnizatorio previsto por la ley y necesidad de una sentencia integradora. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO; Sentencia del 25 de septiembre de 1997.

<sup>74</sup> Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esa Corporación en Sentencia de 28 de agosto de 1996 dictada en el proceso No. S-628, con ponencia del Magistrado Doctor Carlos Orjuela Góngora.

En el mismo sentido:

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: JAVIER DIAZ BUENO; Sentencia de mayo 21 de 1998, Radicación número: 17252, Actor: Irma Milena Torres Hernández, Demandado: Departamento de Casanare, Referencia: Autoridades Departamentales.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: JAIME MORENO GARCÍA; Sentencia del 1º de junio de 2006, Radicación número: 23000-23-25-000-2002-12291-01 (8064-05), Actor: Johana Daza Venegas, Demandado: Congreso de la República - Cámara de Representantes (en esta sentencia se citan las sentencias del 5 de octubre de 2005, Exp. 15000-04, Ponente: Dr. JAIME MORENO GARCÍA y del 19 de marzo de 2006, Exp. 3762-04 Ponente: Dra. ANA MARGARITA OLAYA FOREHL).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE; Sentencia del 19 de junio de 2008, Radicación número: 41001-23-31-000-1995-08400-01 (5848-05), Actor: Deyanira Munar Vidarte, Demandado: Municipio de Neiva y Otros, Autoridades Municipales.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, había ordenado el restablecimiento de estos efectos, en sentencia del 17 de abril de 2008, Radicación número: 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05), Actor: José Nelson Sandoval Cárdenas, Demandado: Instituto Financiero para el Desarrollo de Norte de Santander – IFINORTE, Magistrado Ponente Dr. JAIME MORENO GARCÍA.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PAEZ; Sentencia del 19 de febrero de 2009, Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3079-05), Actor: Ana Roxaldia Triana Viochi, Demandado: Instituto de Seguros Sociales, Autoridades Nacionales.

no obstante que no aparece prueba de que la ahora accionante hubiese informado de su feliz estado pre-materno a la entidad accionada. Entonces, reclama en su escrito de apelación, se desconocieron las sentencias de la Corte Constitucional Nos. T-793 de 2005<sup>25</sup> y T-412 de 2007<sup>26</sup> en las que nuestro Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional determinó que la protección a la mujer gestante solo es viable cuando ella comunica al empleador de su estado, acompañando las pruebas de dicho estado.

Tal afirmación es absolutamente temeraria y abusiva del derecho de impugnar que le asiste y es, además, INEXCUSABLEMENTE contraevidente, de cara a la documental obrante a folios 41 a 43 y vuelto. En efecto, en el último de los contratos *reconstruidos* (043-DCSM/HREM 2008 folios 38 a 40 y vto.) en precedencia, se especifica claramente que el "Supervisor" del contrato es el "Subteniente Pedro Manuel Reyes Llerena"; por otro lado, a folio 41 aparece original del recibido de la comunicación suscrita por Rubiela Giraldo Osorio al Subteniente Pedro Manuel Reyes Llerena, en su calidad de "Director dispensario médico BIAMA", notificación que fuera recibida por el ST REYES el 6 de noviembre de 2008 a las 14:00 horas, en la cual *le manifiesta* "Por medio de la presente me dirijo a usted con el objeto de informarle que me encuentro en estado de *gravidez con aproximadamente 6.5 semanas de gestación*" y que anuncia como anexo "Resultado de laboratorio por mi EPS y ecografía" que aparecen a folios 42 y 43.

Fata sola circunstancia bastaría para denegar la revocatoria de la decisión recurrida sino fuera porque, además,

- i. las citas de las sentencias de la Corte Constitucional Nos. T-793 de 2005 y T-412 de 2007 fueron sacadas de su contexto puesto que de sus lecturas, se desprende que
  - a. allí los pronunciamientos de la Corte Constitucional fueron expedidos actuando como Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional y
  - b. tampoco se permite concluir que la protección a la mujer gestante en nuestra República de Colombia, solo es viable cuando ella comunica al empleador de su estado, acompañando las pruebas de dicho estado;
- ii. sea necesario decir que las decisiones se produjeron en el decurso de acciones constitucionales de amparo que no pueden excluir, ni más faltaba, al Juez natural de este tipo de controversia;
- iii. ora porque los razonamientos jurídicos concebidos en estas dos decisiones de tutela fueron rectificadas, al menos<sup>27</sup>, por
  - a. la **Sentencia T-095 de 2008** (Referencia: expediente T-1.714.938, Acción de tutela instaurada por Ligia González Nonato contra Hoteles Avenida del Dorado S. A., Magistrado Ponente Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO) **del 7 de febrero de 2008**; es decir, 10 meses antes de la terminación del último plazo contractual pactado con RUBIELA GIRALDO OSORIO, por parte de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL (Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, Brigada XV del Ejército Nacional, Batallón de

<sup>25</sup> Referencia: expediente T-1091578, Acción de tutela presentada por Teresa de Jesús Avendaño Segovia contra la empresa Segurida Generación González S.C.S. y la Compraventa La Platina, Magistrado Ponente: Dr. JAIME CORDOBA TRIVIÑO; Sentencia del 29 de julio de 2005.

<sup>26</sup> Referencia: expediente T-1521109, Acción de tutela instaurada por Sandra Milena Landínez Garavito contra Recauda de Valores S.A., Magistrado Ponente Dr. ALVARO TAJUR GALVIS; Sentencia del 24 de mayo del 2007.

<sup>27</sup> Y que hoy, en el estado del arte jurisprudencial vinculada con la temática de la protección especial que les otorga la Constitución a las mujeres en estado de gravidez -durante el embarazo y luego del parto-, en cuestión, es asunto pacífico desde los primeros días de 2008.

Infantería No. 12, Alfonso Manosalva F. de Quibdó), para que prestara sus servicios profesionales como Enfermera Jefe de su Dispensario Médico y b. por la Sentencia T-687-2008 (Referencia: expedientes T-1805838, T-1813839 T-1824668 y T-1859925, Acciones de tutela instauradas por Andrea Carolina Herrera Mayorga, Sandra Milena García Valencia, Luz Mireya Guzmán Orjuela, Sandra Manuela Soto contra Misión Temporal Lala., Punto Merca Merchandising, MAXCO CTA y LLOREDA SA, y Carmenza Posada Campo, respectivamente, Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.) del 8 de julio de 2008, o sea, casi 6 meses antes de la terminación del último plazo contractual cuestionado en esta causa, ya porque:

- iv. la misma Corte Constitucional, en 1997 había dictado la Sentencia C-470<sup>79</sup>, expresamente integradora: en la que concluyó, por unidad normativa, "Declarar EXEQUIBLES los artículos 2º de la Ley 197 de 1938 y 21 del decreto 3135 de 1968, en el entendido de que, en los términos de esta sentencia, y debido al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts 43 y 53), carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe del respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas."

Llamó poderosamente la atención, la Guardiania de la Carta, en el sentido de que: "Por ello, la Corte precisará que la indemnización prevista por esas normas es exigible, siempre y cuando se entienda que carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe del respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas." (la negrilla es de este Tribunal).

Es decir, que la indemnización se reconoce de conformidad con el numeral 3 del artículo 239 (num. 3) del C. S. del T., ÚNICA y EXCLUSIVAMENTE cuando media la autorización correspondiente para la cesación laboral de la mujer en estado de embarazo y tres meses más; en los demás casos, el despido resulta ineficaz.

Como se observa de la Sentencia C-470 de 1997, la Corte Constitucional, en juicio abstracto, estimó:

*"Despido de mujer embarazada sin autorización previa: insuficiencia del mecanismo indemnizatorio.*

10- La Corte considera que para comprender el alcance de la norma acusada es necesario estudiar en su conjunto el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo del cual forma parte, puesto que sólo de esa forma es posible desentrañar su sentido. Así, el primer numeral de ese artículo establece una regla que armoniza perfectamente con los principios constitucionales, pues señala que ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. Por su parte, el segundo ordinal, en armonía con el artículo 240 de ese mismo estatuto, y que fue declarado exequible por la sentencia C-710 de 1996, establece instrumentos para asegurar

<sup>79</sup> Referencia: Expediente D-1696, Norma acusada: Artículo 239 ordinal 3º del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, Demandante: Luis Antonio Vargas Álvarez, Temas: Protección de la mujer embarazada, fuero sindical y principio de igualdad, Fundamentos e implicaciones constitucionales de la especial protección de la maternidad en el campo laboral: el derecho a una estabilidad reforzada, Despido de mujer embarazada sin autorización previa; insuficiencia del mecanismo indemnizatorio previsto por la ley y necesidad de una sentencia integradora, Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO; Sentencia del 25 de septiembre de 1997.

la eficacia de esa regla. En efecto, tales normas señalan que se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, si tal despido se efectúa sin la autorización del inspector del trabajo, o del alcalde municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario, el cual sólo puede conferir el citado permiso en caso de que se configuren las causas legales para que el patrono pueda dar por terminado por justa causa el contrato, y luego de haber escuchado a la trabajadora y haber practicado las correspondientes pruebas. En efecto, esta Corporación precisó que las actuaciones ante el funcionario del trabajo, para adecuarse a la Constitución, "deben ajustarse a los principios del debido proceso, tal como lo preceptúa el artículo 29 de la Constitución. Así, este funcionario al momento de calificar la justa causa para despedir a una trabajadora en estado de embarazo, deberá permitir la participación de las partes, y valorar las pruebas recaudadas con fundamento en los principios de la sana crítica, permitiendo la publicidad y contradicción de las mismas"<sup>79</sup>.

En tal contexto, el ordinal acusado estatuye que si una trabajadora es despedida sin la anterior autorización, entonces tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y, además, al pago de las doce semanas del descanso remunerado previsto por la ley, si no lo ha tomado.

11- En esas circunstancias, una pregunta obvia surge: ¿la indemnización prevista por el ordinal acusado es un mecanismo de protección suficiente para amparar el derecho constitucional que tiene toda mujer embarazada a una estabilidad laboral reforzada? Para resolver este interrogante, es necesario precisar el alcance del ordinal acusado.

Así, según algunos sectores de la doctrina, el despido de la mujer embarazada efectuado sin permiso previo es jurídicamente eficaz, por cuanto la sanción legal que se impone en estos casos es la indemnización prevista por la norma acusada. Según esta interpretación, el ordenamiento laboral establece dos amparos diferentes a la estabilidad laboral de la mujer embarazada. De un lado, la indemnización prevista por el ordinal acusado, la cual opera cuando el patrono efectúa el despido dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, sin autorización previa del funcionario de trabajo. Y, de otro lado, el mecanismo de la ineficacia del despido previsto por el artículo 241 del mismo C.S.T. Según esta disposición, el patrono debe conservar el empleo de la trabajadora que se encuentre disfrutando de los descansos remunerados o de la licencia por enfermedad motivada por el embarazo o por parto, por lo cual "no producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique en tales periodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados". Por consiguiente, concluyen quienes defienden esta tesis, debe entenderse, contrario sensu, que cuando el despido de la mujer embarazada se efectúa en periodos distintos a los descansos remunerados o a las licencias por enfermedad motivada por el embarazo, sin la autorización previa del funcionario competente, entonces la relación de trabajo termina, aun cuando el patrono se encuentra obligado a pagar la correspondiente indemnización.

Durante la vigencia de la anterior Constitución, la Corte Suprema tendió a considerar que tal era la interpretación autorizada del ordinal acusado. Así, en la sentencia del 4 de marzo de 1982, y con ponencia del Magistrado Fernando Uribe Restrepo, la Sala de Casación Laboral señaló al respecto:

Es cierto que la entidad demandada no pagó a la accionante las indemnizaciones que consagra la ley a favor de "la trabajadora despedida sin la autorización" de la autoridad competente, y de allí la condena acertadamente dispuesta por el ad quem. El resarcimiento a la trabajadora se cumple así mediante el pago de dicha indemnización. Y demostrada como está la justa causa, no opera la nulidad del despido la cual tiene lugar únicamente cuando éste ocurre durante los periodos de descanso o de licencia por maternidad (C.S.T. arts. 236 y 237), por parto o aborto, según lo dispone claramente el

artículo 8º del decreto 13 de 1967. Estos lapsos no pueden confundirse con el período de protección más general que consagra el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, que comprenden toda la duración del embarazo y hasta tres (3) meses después del parto. Durante este último período procede la necesidad de autorización para despedir, o la indemnización especial que la misma norma consagra, mientras que la nulidad del despido y la consiguiente obligación de reintegrar, no es coextensiva y se limita según el texto expreso de la norma a los descansos o licencias legales por maternidad, propiamente dichos, conforme antes se indicó.

Ahora bien, la Corte Constitucional considera que si tal es la interpretación del ordinal acusado, la protección que esa norma consagra en favor de la maternidad es insuficiente. En efecto, no se debe olvidar que la mujer embarazada no goza simplemente de un derecho a la estabilidad -como cualquier trabajador- sino que la Carta y los instrumentos internacionales le confieren una estabilidad reforzada, por la cual, durante el embarazo y durante un período razonable posterior al parto, la protección que la ley debe brindar a la estabilidad laboral de la mujer debe ser eficaz. Y ello no sucede en este caso pues, conforme a la anterior interpretación -y como bien lo señala el actor- el ordinal acusado no sólo estaría confiriendo eficacia jurídica al despido que se ha realizado sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo sino que, además, la indemnización prevista es a todos los fines deficiente para salvaguardar los valores constitucionales en juego. Por tal razón, la Corte concluye que el ordinal acusado es de una constitucionalidad discutible, si se entiende que es una norma que autoriza el despido de una mujer embarazada, sin autorización previa del funcionario competente, pues el mecanismo indemnizatorio previsto no es idóneo para proteger efectivamente el derecho a trabajar de estas personas. Con todo, surge una pregunta: ¿significa lo anterior que la Corte debe declarar la inexecutableidad del ordinal acusado?

**La decisión a tomar: la necesidad de una sentencia integradora.**

12- La Corte considera que a pesar de la insuficiencia del mecanismo indemnizatorio previsto por la disposición acusada, no procede la declaratoria de inexecutableidad pura y simple de esa norma, por las siguientes razones. De un lado, esa decisión podría tener efectos negativos para la protección de la maternidad, pues la mujer embarazada quedaría sin la correspondiente indemnización, con lo cual su situación podría ser peor que antes de la sentencia de esta Corporación. En efecto, como lo sugiere el interviniente, podría entenderse que esta Corporación suprimió la sanción específica que la ley prevén para el despido injustificado, y sin autorización previa, de una mujer en estado de gravidez, con lo cual, paradójicamente, en nombre de la protección a la maternidad, se habría desmejorado la situación de las mujeres embarazadas.

De otro lado, la existencia de una indemnización en favor de la mujer embarazada, que ha sido despedida sin la previa autorización del funcionario del trabajo, no es en sí misma inconstitucional, puesto que bien puede la ley prever tales sanciones para reforzar la protección a la maternidad. El mecanismo indemnizatorio acusado es constitucionalmente cuestionable, no por su contenido intrínseco, sino debido a su insuficiencia, pues no ampara eficazmente la estabilidad laboral de las mujeres que van a ser madres o acaban de serlo.

Finalmente, y como también lo señala el interviniente, no podría la Corte, para corregir la situación, establecer una especie de acción de reintegro para las trabajadoras despedidas, similar a la prevista para los dirigentes sindicales con fuerza, pues una determinación de esa naturaleza es propia del Legislador. En efecto, en principio no corresponde al juez constitucional sino a la ley establecer los remedios procesales para los distintos conflictos sociales, por lo cual no podría esta Corporación instituir, sin bases normativas, una acción especial para la protección de la estabilidad laboral reforzada que la Carta confiere a la mujer embarazada.

Sin embargo, lo anterior no significa que la Corte debe mantener en el ordenamiento el ordinal impugnado pues, como se vio, la protección que establece es insuficiente para salvaguardar la

estabilidad laboral en casos de maternidad. Por todo lo anterior, la Corte considera que tanto la sentencia de inexequibilidad como la de exequibilidad de la norma acusada son problemáticas y no parecen aceptables en este caso. Un interrogante obvio surge: ¿cuál determinación debe tomar la Corte, teniendo en cuenta que a ella corresponde modular los efectos de sus fallos, con el fin de lograr la solución que mejor guarde la integridad y supremacía de la Constitución?<sup>90</sup> Entra pues la Corte a estudiar cuál es la decisión procedente, la cual debe respetar las competencias propias del Legislador, pero requiere igualmente asegurar los derechos constitucionales de las mujeres embarazadas.

13- En casos de esta naturaleza, la Corte ha considerado que a veces es posible, en forma excepcional, subsanar la inconstitucionalidad que se ha constatado, proyectando los mandatos constitucionales en la regulación legal, por medio de una sentencia integradora, para lo cual es posible aprovechar los contenidos normativos de las propias disposiciones legales existentes sobre la materia<sup>91</sup>. En tal contexto, la Corte constata que existe una cierta incongruencia en la propia legislación laboral en relación con el despido de la mujer embarazada y la protección de la maternidad, la cual permite, como se verá, llegar a una solución adecuada en el presente caso.

Así, los dos primeros ordinales del artículo 239 del CST, interpretados en consonancia con el artículo 240 de ese mismo estatuto, prohíben todo despido de una mujer embarazada, sin que exista una previa autorización del funcionario del trabajo. En cambio, el ordinal tercero acusado, y conforme a la interpretación anteriormente señalada sobre su sentido, parece conferir eficacia jurídica a tal despido, aun cuando establece una indemnización en favor de la trabajadora. La tensión es evidente, pues mientras que las primeras normas establecen unos requisitos sin los cuales no es posible terminar el contrato de trabajo a una mujer embarazada, con lo cual podría entenderse que el despido que se efectúe sin tales formalidades carece de todo efecto jurídico, el ordinal acusado, conforme a la interpretación de la Corte Suprema antes de la vigencia de la Constitución de 1991, restringe la fuerza normativa de esa prohibición: así, conforme a tal ordinal, el despido es válido pero genera una sanción indemnizatoria en contra del patrono y en favor de la trabajadora.

Sin embargo, la Corte Constitucional considera que esa no es la única interpretación posible de ese ordinal, pues puede entenderse que, en la medida en que las primeras normas establecen unos requisitos sin los cuales no es posible terminar el contrato de trabajo a una mujer embarazada, entonces el despido que se efectúe sin tales formalidades carece de todo efecto jurídico. En efecto, las normas que gobiernan el despido de la mujer embarazada son los dos primeros ordinales del artículo 239, en armonía con el artículo 240 del CST, en virtud de los cuales el patrono debe cumplir unos pasos para poder dar por terminado el contrato de trabajo a una mujer embarazada. Por ende, y conforme a principios elementales de teoría del derecho, resulta razonable suponer que sí, con el fin de amparar la maternidad, la ley consagra esos requisitos mínimos para que se pueda dar por terminado el contrato de trabajo a una mujer que va ser madre, o acaba de serlo, y un patrono "despide" a una mujer en ese estado, sin cumplir tales exigencias legales, entonces es razonable concluir que el supuesto despido ni siquiera nace a la vida jurídica, por lo cual carece de todo efecto jurídico. En tales circunstancias, y conforme a esta hermenéutica, la indemnización del ordinal acusado no estaría confiriendo eficacia al despido sino que sería una sanción suplementaria al patrono por incumplir sus obligaciones legales.

14- Esta última interpretación es plausible pues armoniza con el tenor literal del ordinal acusado, puesto que éste no atribuye efecto al despido sino que simplemente consagra la sanción indemnizatoria. Con todo, podría argumentarse que esa hermenéutica no es válida pues el estatuto laboral no consagra expresamente la ineficacia del despido en tales casos, ya que limita esa figura al evento previsto por el artículo 241 del mismo C.S.T. Por ende, habría

<sup>90</sup> Ver, entre otras, las sentencias C-113/93, C-109/93 y C-037/96.

<sup>91</sup> Ver sentencia C-109 de 1995, Fundamentos Jurídicos No 17 y ss.

que concluir que la actual regulación restringe el mecanismo de la utilidad del despido a aquellos casos en que se efectúa o se perfecciona durante los descansos remunerados o las licencias ligadas a la maternidad (CST art. 241) mientras que en el resto del período en que debe ser protegida también la estabilidad laboral de la mujer que va a ser madre, o acaba de serlo, la ley prevé una indemnización (CST art. 239).

La Corte considera que, desde el punto de vista estrictamente legal, esa objeción tiene sentido, lo cual muestra que, antes de la Constitución de 1991, la interpretación de la Corte Suprema sobre el alcance del ordinal acusado era razonable. Sin embargo, ese entendimiento no es admisible conforme a los principios y valores de la actual Carta pues, como ya se vio en esta sentencia, la indemnización no constituye una protección suficiente para la estabilidad de la mujer embarazada. Además, y por las mismas razones, esta Corporación no encuentra ningún fundamento objetivo y razonable a que la ley establezca una diferencia de regulación tan acentuada entre las situaciones previstas por los artículos 239 y 241 del estatuto laboral, puesto que en ambos casos se trata de proteger el derecho constitucional a una estabilidad reforzada del que son titulares todas las mujeres por razón de la maternidad, y no sólo aquellas que se encuentran gozando de la correspondiente licencia o descanso remunerado. En tales circunstancias, la Corte encuentra que sería violatorio de la igualdad mantener esa diferencia de remedios procesales en ambos casos.

Por todo lo anterior, debe entenderse que los mandatos constitucionales sobre el derecho de las mujeres embarazadas a una estabilidad reforzada se proyectan sobre las normas legales preconstituyentes y obligan a una nueva comprensión del sentido de la indemnización en caso de despido sin autorización previa. Así, la única interpretación conforme con la actual Constitución es aquella que considera que la indemnización prevista por la norma impugnada no confiere eficacia al despido efectuado sin la correspondiente autorización previa, sino que es una sanción suplementaria debido al incumplimiento patronal de la prohibición de despedir a una mujer por razones de maternidad.

15- A la misma conclusión llegó el Consejo de Estado, al interpretar los alcances de los artículos 21 del decreto 3135 de 1968 y 2º de la Ley 197 de 1938, que establecen para los servidores públicos el mismo mecanismo indemnizatorio. En efecto, tales normas señalan que durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto, sólo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada, y mediante autorización del Inspector del Trabajo si se trata de trabajadora oficial, o por resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública, por lo cual la empleada o trabajadora tiene derecho a que la entidad donde presta sus servicios le pague una indemnización equivalente a los salarios o sueldos de sesenta días, si el despido se efectúa sin el cumplimiento de esas formalidades. Pues bien, el supremo tribunal de lo contencioso-administrativo, en sentencia posterior a la entrada en vigor de la nueva Carta<sup>92</sup>, decidió que un municipio que había declarado insubsistente, sin la correspondiente resolución motivada, a una funcionaria que se encontraba embarazada, no sólo debía pagar la indemnización sino que, además, tal resolución era nula, por lo cual la entidad territorial debía reintegrarla a un cargo "de igual o superior categoría" y pagar "todos los sueldos y prestaciones dejados de devengar desde el retiro del servicio como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia y hasta el día en que se efectúe el reintegro, descontando de esa suma lo que la señora Paula Castillo tenga derecho a recibir por licencia de maternidad". El Consejo de Estado justificó esa determinación con las siguientes consideraciones:

La jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto a reintegro al cargo de la mujer retirada del servicio en estado de embarazo ha sido reiterada en el sentido de no ordenarlo, teniendo en cuenta que la misma ley prevé indemnizaciones en caso de despido injustificado durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o al aborto, y considerando sólo este período como de estabilidad.

<sup>92</sup> Sección Segunda del Consejo de Estado. Sentencia del 3 de noviembre de 1993; expediente No. 5065. C.P. CLARA FORERO DE CASTRO.

*Sin embargo, habida consideración de que el legislador ha querido brindar una protección especialísima a la maternidad, protección que la Constitución de 1991 ordena en su artículo 53, la Sala cree necesario hacer un replanteamiento de la jurisprudencia en esta materia.*

*En verdad, la prohibición de despido durante un tiempo determinado no puede resultar a la postre un impedimento para el reintegro a cargo al cargo de la empleada ni una limitante para el restablecimiento pleno de sus derechos, restablecimiento que sí obtendrán por ejemplo si alegara desviación de poder.*

*Es preciso no olvidar que las normas que contemplan esta protección consagran con tal fin una presunción legal, que como tal admite prueba en contrario, de que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar en los periodos en ella señalados. Se deduce entonces que mientras la administración no desvirtúe tal presunción, debe aceptarse que el despido prohibido no tuvo por finalidad el buen servicio, configurándose así la desviación de poder que conlleva la nulidad del acto de remoción y el reintegro de la empleada, sin perjuicio de la indemnización que por infringir la prohibición contempla la ley.*

*Concluye la sala entonces, que en estos casos, si procede el reintegro al cargo, salvo cuando la autoridad nominadora demuestre dentro del proceso, que tuvo razones de buen servicio para despedir sin expresar la justa causa de que habla la ley, a la empleada embarazada dentro de los plazos en que estaba prohibido.*

16- Por todo lo anterior, la Corte Constitucional concluye que la única decisión admisible en este caso es integrar en el ordenamiento legal los mandatos constitucionales sobre la igualdad (CP art 13) y la protección a la maternidad en el ámbito laboral (CP arts 43 y 53), de suerte que debe entenderse que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que, además, el despido es ineficaz.

Esto significa que existe una suerte de omisión relativa del Legislador, puesto que el ordinal acusado no consagró una protección suficiente a la maternidad. Ahora bien, teniendo en cuenta que, conforme a la sentencia C-543 de 1996, la Corte es competente para controlar estas omisiones relativas, es natural que esta Corporación, aplicando el principio de igualdad (CP art. 13), subsane esa omisión tomando en cuenta la regulación de un supuesto análogo, a saber, la regla prevista por el artículo 241 del CST, según la cual esos despidos carecen de toda eficacia.

La Corte procederá entonces a señalar en la parte resolutoria de esta sentencia que el ordinal acusado es exequible, pero en el entendido de que, debido al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts 43 y 53), carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Ahora bien, aunque el actor sólo impugnó el ordinal tercero del artículo 239 del CST, dado que éste sólo es inteligible dentro del precepto íntegro del que forma parte, y en vista de que las consideraciones que atrás quedan consignadas se refieren a la norma en su integridad, el pronunciamiento de la Corte se referirá a la totalidad del artículo 239 del estatuto laboral.

17- La Corte encuentra que esta decisión es la más adecuada pues tiene la virtud de salvaguardar los distintos principios y valores constitucionales en conflicto. De un lado, se protegen adecuadamente los derechos constitucionales de la mujer embarazada y se asegura la maternidad, pues se resguarda la estabilidad laboral de esas mujeres. Así, para que pueda haber en estos casos una terminación de contrato, es necesario que se obtenga el permiso previo del funcionario del trabajo, tal y como lo prevé el artículo 240 del CST, el cual debe determinar si existe o no la justa causa, tal y como lo ordena la ley. Además, se entiende que, como lo dice la sentencia C-710 de 1996, "la intervención del inspector en ningún momento desplaza al juez, quien asumirá, si a ello hay lugar, el conocimiento del litigio que se trate para determinar si realmente hubo la justa causa invocada por el patrono". En tales circunstancias, si el patrono no cumple esos requisitos, entonces el supuesto despido no produce ninguna consecuencia jurídica, lo cual significa que la relación laboral trabajo se mantiene. La trabajadora sigue entonces bajo las órdenes del patrono, aun cuando éste no utilice sus servicios, por lo cual la empleada tiene derecho a percibir los salarios y las prestaciones sociales de rigor, pudiendo recurrir para su cobro a las vías judiciales pertinentes. Una vez terminado el lapso de protección especial debida a la maternidad, la trabajadora queda sujeta por las normas laborales ordinarias, como cualquier otro empleado.

De otro lado, por medio de esta sentencia, la Corte es respetuosa de la libertad de configuración del Legislador, pues simplemente, en función de la fuerza normativa de la propia Constitución, incorpora en el orden legal los propios mandatos constitucionales, con lo cual lleva los aparentes vacíos legales. El juez en este caso en manera alguna está legislando pues lo único que hace es dar aplicación al principio según el cual la Constitución, como norma de normas que es, tiene una suprema fuerza normativa (CP art. 4), por lo cual es perfectamente legítimo integrar los contenidos constitucionales dentro de la regulación legal. Así, en el presente caso, lo único que hace la Corte es completar, con base en los principios constitucionales, la propia legislación expedida por el Congreso, señalando que carece de toda eficacia jurídica un despido de una mujer embarazada, si el patrono no cumple los requisitos establecidos por el Legislador. La Corte no está entonces creando ex nihilo una nueva acción procesal, sino que simplemente está adaptando a la Carta la regulación expedida por el Congreso, para lo cual se fundamenta en los propios mecanismos de protección a la maternidad establecidos por el Legislador, quien obviamente no pierde su facultad para regular, de conformidad con la Carta, esta materia. En efecto, mírese que la sentencia, con fundamento en el principio de igualdad y en el derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada, simplemente amplía el marco de acción de la regla del ordinal segundo del artículo 241 del CST, según la cual ciertos despidos no producen efectos, a fin de proteger precisamente la maternidad. Esto significa que el reintegro es simplemente una consecuencia de la ineficacia del despido de la mujer embarazada, cuando el patrono no cumple las formalidades establecidas por la ley.

Finalmente, la Corte Constitucional es respetuosa de la separación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. En efecto, la sentencia no impone a los jueces una determinada comprensión de la ley con base en criterios y discusiones legales, sino que la interpretación que la Corte establece deriva de valores constitucionales, como el principio de igualdad (CP art. 13) y el derecho que tienen las mujeres que van a ser madres, o acaban de serlo, a una estabilidad laboral reforzada (CP arts. 43 y 58).

Por tal modo de ser y de parecer las cosas, es necesario hacer otra precisión a la parte considerativa y concluyente del fallo cuestionado que tal y como quedó redactado, le dió una vigencia y alcance legal al despido de la accionante, aun sin la autorización legal para dar al traste con el contrato de prestación de servicios que sucesivamente venía de "pactarse" entre la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional y Rubiel Giraldo Osorio. En efecto, reconocer la indemnización<sup>83</sup>, como lo hizo el juez a quo, significa ni más, ni menos:

<sup>83</sup> El Tribunal Administrativo del Cauca, no obstante, no llevará a la parte resolutoria del presente fallo las conclusiones condicionales e integradoras de la Corte Constitucional en su Sentencia C-470 de 1997 y luego el establecimiento de Laredo, tal y como lo ordenó la Sección Cuarta del Consejo de Estado, cuando

- a. desconocer una sentencia expedida por la Corte Constitucional en un juicio abstracto de constitucionalidad<sup>84</sup> y además,
- b. darle alcance a una cesación de funciones que la normativa ni la jurisprudencia toleran en un Estado Social y Democrático de Derecho.

No es cierto que la expiración del plazo fijado pueda esgrimirse como excusa para no amparar los derechos de quienes ostentan contratación amparado en el derecho fundamental que supone un contrato realidad ya que la protección no sólo está contenida en el texto constitucional sino que forma parte integral de la legislación laboral y debe ser interpretada de manera amplia y no restrictiva<sup>85</sup> pues el cumplimiento del plazo en un contrato con tales características no puede entenderse siempre como una terminación con justa causa de la relación laboral por la potísima razón de que si en el momento fijado para la expiración del contrato llegaren a subsistir las causas que le dieron lugar así como la materia objeto del mismo y si el o la trabajadora cumplió a cabalidad con sus obligaciones, entonces resulta preciso garantizar su renovación<sup>86</sup>, situación que se agudiza en favor de la mujer trabajadora cuando comprueba que su estado de gravedad se presentó durante la vigencia del contrato-, se le deba garantizar su renovación; en este caso concreto no puede perderse de vista que la actora se vinculó a la entidad demandada por contrato prorrogado en tres o más ocasiones porque inexorablemente los motivos que le dieron lugar al contrato así como su objeto subsistían el 6 de noviembre de 2008 (folio 41) y persistían el 1 de diciembre siguiente (folio 44) ya que debe tenerse en cuenta, por lo demás, que la trabajadora cumplió a cabalidad con sus obligaciones. Así las cosas, un análisis detallado de las circunstancias del asunto bajo examen así como de la protección que ordena conferirle a la mujer embarazada el ordenamiento jurídico vigente, exige que el despido deba declararse, no nulo, como podría pensarse, sino completamente INEFICAZ. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia T-501 de 2004 cuando en un caso similar, dijo lo siguiente: *"independientemente de la clase de contrato que soporte la relación de trabajo de la mujer en embarazo, opera la prohibición de dar por terminado unilateralmente el contrato respectivo (...) el sólo vencimiento del plazo inicialmente pactado no basta para legitimar la decisión del empleador de no renovar el contrato"*<sup>87</sup>.

Como se sabe, regularmente los actos administrativos se presumen legales, o lo que es igual, están amparados por la "presunción de legalidad". Empero, en esos casos

determinó que el restablecimiento decretado por el Juez a quo no se puede modificar, muy a pesar de la Sentencia C-470 de 1997 de la Corte Constitucional, por lo tanto, ha de dejar incohente fue redactado en la Sentencia No. 178 del 31 de agosto de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Quidá.

<sup>84</sup> En la Sentencia C-470 de 1997, la Corte Constitucional dijo: *"con el fin de amparar la estabilidad laboral de las servidoras públicas embarazadas, procede aplicar la regla de la unidad normativa (art. 6° del decreto 2067 de 1991), puesto que la Constitución protege la maternidad no sólo en el ámbito de las relaciones laborales privadas sino también en la esfera pública. Por lo tanto la Corte considera necesario entender los alcances de la presente sentencia integradora a estos artículos que regulan el mecanismo indemnizatorio en el caso de las servidoras públicas, aun cuando, como es obvio, no que se desconozcan las reglas jurídicas especiales que rigen estas servidoras, según que se trate de relación contractual (trabajadora oficial) o de relación legal y reglamentaria (empleada pública). Por ello, la Corte precisará que la indemnización prevista por esas normas es exigible siempre y cuando se entienda que carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo, si en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del jefe del respectivo, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe del respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas."*

<sup>85</sup> Cf. Corte Constitucional. Sentencia T-992 de 2005.

<sup>86</sup> Cf. Corte Constitucional. Sentencia T-992 de 2005.

<sup>87</sup> Cf. Corte Constitucional. Sentencia T-992 de 2005.

excepcionales como el de la empleada o contratista en estado de embarazo o lactancia, esa presunción se invierte; o sea, que en este supuesto se presume que el acto es ilegal si se profiere sin la observancia de los requisitos exigidos en el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968<sup>98</sup>, al punto que más allá de la simple nulidad del acto administrativo en cuestión, la sentencia integradora C-470 de 1997, lo que impone es NO reconocerle eficacia alguna a la decisión administrativa de dar por terminada la contratación devalada<sup>99</sup>.

Entonces, si los derechos derivados de la desnaturalización comprobada del contrato de prestación de servicios quedaron vinculados con el derecho fundamental que depara un contrato realidad; y si, como quedó patentado en este entuerto, verificada la ilegalidad del acto administrativo y la ineficacia de la terminación del vínculo contractual, en razón de la especial presunción que dispuso la ley para el caso de la licencia de maternidad y el fuero por la misma contingencia, su declaratoria de nulidad tiene los efectos, no solo como la de cualquier acto nulificado, de retrotraer la situación al estado anterior y por ello mismo, el restablecimiento del derecho va unido al reconocimiento pleno del régimen laboral (prestacional) del personal civil vinculado con las Fuerzas Militares, es evidente que la ineficacia que deviene del artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 en los términos fijados por la Corte Constitucional en su Sentencia C-470 de 1997, implicaría también el restablecimiento total del contrato de prestación de servicios 043-DGSM/HREM-2008 -folios 38 a 40 y vto.-, y, su prorroga, junto con el pago a su favor de los honorarios y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento del retiro del servicio, sin solución de continuidad, hasta que sea efectivamente reintegrada, incluyendo los incrementos de ley, y no sólo por el término durante el cual estuvo amparada por el fuero de maternidad<sup>100</sup>, como lo dispuso el a quo:

*"Y es que no es posible declarar la nulidad parcial del acto, tal como lo hizo el Tribunal cuando dispuso el reconocimiento de las sumas adeudadas a la actora sólo hasta el vencimiento del fuero maternal, pues ello significaría conferir tan sólo una estabilidad relativa a su favor, y partir de la falsa premisa de que en ese momento fue declarada insubsistente en forma licita, cuando esta Jurisdicción carece de competencia para emitir una declaración de esa naturaleza.*

*En otras palabras, no puede el funcionario que expidió el acto acusado recobrar su facultad discrecional estando en trámite la decisión sobre el fuero maternal, y suponer la Sala*

<sup>98</sup> Declarado EXEQUIBLES, junto con el artículo 2º de la Ley 197 de 1938 y 21 del decreto 3135 de 1968, "en el entendido de que, en los términos de esta sentencia, y debido al principio de igualdad (C.P. art. 11) y a la especial protección constitucional a la maternidad (C.P. arts 43 y 51), carece de todo efecto el despido de una servidor(a) pública durante el embarazo o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras afectadas, o sin la correspondiente autorización motivada del jefe del respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido en el caso de las empleadas públicas". Sentencia C-470 de 1997.

<sup>99</sup> El Tribunal Administrativo del Cúcuta, no obstante, no llevó a la parte resolutive del presente fallo las conclusiones condicionantes e integradoras de la Corte Constitucional en su Sentencia C-470 de 1997 y pues el restablecimiento del derecho, tal y como lo ordenaron las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado, cuando determinaron que el restablecimiento decretado por el Juez a quo no se puede modificar, muy a pesar de la Sentencia C-470 de 1997 de la Corte Constitucional, por lo tanto, ha de dejarse ineluctable fue reafirmado en la Sentencia No. 178 del 31 de agosto de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Quibdó.

<sup>100</sup> El Tribunal Administrativo del Cúcuta, no obstante, no llevó a la parte resolutive del presente fallo las conclusiones condicionantes e integradoras de la Corte Constitucional en su Sentencia C-470 de 1997 y pues el restablecimiento del derecho, tal y como lo ordenaron las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado, cuando determinaron que el restablecimiento decretado por el Juez a quo no se puede modificar, muy a pesar de la Sentencia C-470 de 1997 de la Corte Constitucional, para preservar los derechos y principios de congruencia y prohibición de reformarse in plus de la entidad pública seccionada, por lo tanto, ha de dejarse ineluctable fue reafirmado en la Sentencia No. 178 del 31 de agosto de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Quibdó.

que terminado dicho fuero, la servidora ipso facto quedó declarada insubsistente, pues ello equivale a decir que esta Corporación lo separó del cargo, cuando no tiene facultad para ello. Efectuar declaraciones y condenas relacionadas con la posible desvinculación de la demandante luego del fuero materno, estando en discusión única y exclusivamente la configuración del mismo, implicaría fallar extra-petita, es decir, sobre cuestiones que se encuentran por fuera de lo pedido y discutido en el expediente.<sup>91</sup>

El Consejo de Estado no ha sido ajeno a la temática en comento puesto que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esa Corporación en Sentencia de 28 de agosto de 1996 dictada en el proceso No. S-638<sup>92</sup>, con ponencia del Magistrado Doctor Carlos Orjuela Góngora, dijo:

*"Con base en esos antecedentes, la jurisprudencia ha entendido que cuando está probado el estado de embarazo, el hecho es conocido por el nominador y el acto de desvinculación no está motivado, éste se presume ilegal.*

*Debe recordarse, además que el artículo 21 del decreto 3135 de 1968 dispone en su inciso 1º que la empleada pública solamente puede ser removida mediante "resolución motivada del jefe del respectivo organismo" durante el embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los períodos señalados en el inciso anterior sin las formalidades que el mismo establece". A su vez, el artículo 40 del decreto 1848 de 1969, reglamentario del anterior, "Presunción de despido por embarazo", repite esta previsiones.*

*Esto es, que en regularmente los actos administrativos de remoción se presumen legales; o lo que es igual, están amparados por la "presunción de legalidad". Empero, en casos excepcionales como el de la empleada en estado de embarazo o lactancia, esa presunción se invierte; o sea, que en ese supuesto se presume que el acto es ilegal si se profiere "sin la observancia de los requisitos exigidos en dicha norma legal". Adicionalmente, estos mismos ordenamientos prevén una indemnización especial de sesenta (60) días de salario, fuera de las demás prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar. Por consiguiente, en esta hipótesis la carga de la prueba de lo contrario corre a cargo de la administración".*

Una precisión final: No procede en este asunto i. reconocer salarios porque éstos se equiparan a las sumas pactadas en los contratos y órdenes de prestación de servicios, cuya omisión en el pago no se alega ni aparece demostrada. ii. reconocer la indemnización de que trata el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 porque lo que se hace en esa sentencia es restarle toda eficacia a la terminación del último contrato

<sup>91</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejo ponente: JAIME MORENO GARCÍA; Sentencia del 1º de junio de 2006. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-12291-01 (B064-05). Actor: Johana Daza Venegas. Demandado: Congreso de la República - Cámara de Representantes.

<sup>92</sup> En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejo ponente: JAVIER OLIVE BALLEGAARD; Sentencia de mayo 21 de 1998. Radicación número: 17252. Actor: Fina Milena Torres Hernández. Demandado: Departamento de Casanare. Referencia: Autoridades Departamentales.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejo ponente: JAIME MORENO GARCÍA; Sentencia del 1º de junio de 2006. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-12291-01 (B064-05). Actor: Johana Daza Venegas. Demandado: Congreso de la República - Cámara de Representantes (en esta sentencia se citan las sentencias del 5 de octubre de 2005, Exp. 15000-04, Ponente: DR. JAIME MORENO GARCÍA y del 19 de enero de 2006, Exp. 3762-04 Ponente: Dra. ANA MARGARITA OLAYA TORRES).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "D", Consejo ponente: JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE; Sentencia del 19 de junio de 2008. Radicación número: 41001-23-31-000-1995-08400-01 (5848-05). Actor: Deyanira Munar Vidarte. Demandado: Municipio de Neiva y Otros. Autoridades Municipales.

removado, iii. tampoco opera el fenómeno de la prescripción, ya que se trata de una sentencia constitutiva, en la medida en que el derecho surge a partir de ella y, por la misma razón, iv. no hay lugar a aplicar la Ley 244 de 1995, pues la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

No obstante lo anterior; el Tribunal Administrativo del Chocó, **no llevará a la parte resolutive del presente fallo las conclusiones condicionantes e integradoras de la Corte Constitucional en su Sentencia C-470 de 1997, pues el restablecimiento del derecho, tal y como lo ordenaron las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado, que determinaron que el restablecimiento decretado por el Juez a quo no se puede modificar para preservar los derechos y principios de congruencia y prohibición de reformatio in pejus de la entidad pública accionada, por lo tanto, ha de dejarse ineluctable el fallo de primera instancia tal y como fue redactado en la Sentencia No. 178 del 31 de agosto de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Quibdó.**

**La seguridad social.**

*Multis in multum*, en esta sentencia definida con arreglo a los derechos fundamentales quebrantados se ha deprecado el pago de la "dereolución" a la accionante de los pagos a la seguridad social, y como el tema ya fue atibado en esta clase de asuntos por la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>65</sup>, la Sala seguirá nuestro Órgano de cierre para resolver la temática así:

**"Derechos pensionales**

*La controversia gira en torno a las razones que expone la jurisprudencia actual para acceder a una condena parcial en el sentido de ordenar el pago de prestaciones "ordinarias", olvidándose de la indemnización integral de los perjuicios sufridos por el daño, tal como lo establece el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, cuyo tenor literal es el siguiente:*

**"VALORACIÓN DE DAÑOS.** Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales."

*En la salvadad de voto frente a la sentencia de 18 de noviembre de 2003, Exp. 17001-23-31-000-1999-0039-01(1), se advirtió una inconsistencia de la jurisprudencia, porque a pesar de considerar desvirtuado el contrato de prestación de servicios y aceptar la relación laboral se ha negado a hacerle producir las consecuencias pertinentes.*

*En dicho preceído se advirtió:*

*"...Puede, incluso, afirmarse que la jurisprudencia no ha sido consistente porque, a pesar de considerar desvirtuado el contrato de prestación de servicios y de aceptar la existencia de una verdadera relación laboral, se ha negado a hacerle producir las consecuencias que de ella se derivan, entre ellas, reconocer el tiempo de servicio laborado como útil para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación. Si el contrato de prestación de servicios es supuesto y la verdadera relación es laboral debe concluirse que la persona natural tiene las prerrogativas propias del empleado público, así sea como funcionario de hecho, porque no puede aceptarse que el particular deba, se retiera, asumir los errores de la administración ni sacrificar sus derechos fundamentales en aras del bien social público sin incurrir, en últimas, en lo que se critica: hacer prevalecer lo formal sobre lo sustancial y más en materia laboral dada la característica irrenunciable de sus derechos y su estrecha vinculación con la dignidad humana." (Negrillas fuera del texto)*

<sup>65</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejeros ponentes: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ; Sentencia del 19 de febrero de 2009, Radicación número: 73001-23-31-000-2008-03449-01(3074-05), Actor: Ana Reinalda Triana Virechi, Demandado: Instituto de Seguros Sociales, Aunidades Nacionales.

*La Sala prohíbe en esta oportunidad la tesis allí expuesta, porque si se desvirtúa el contrato de prestación de servicios, y se acepta la existencia de una verdadera relación laboral es apenas lógico que produzcan plenos efectos, ello es, que el tiempo laborado sea útil para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.*

*Asimismo, debe tenerse en cuenta el Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993, aplicable al sub-lite, el cual garantiza el cubrimiento de las contingencias, tales como Pensión y Salud; por su parte, el Decreto 1295 de 1994, dispuso la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Riesgos Profesionales y la Ley 21 de 1982 previó la afiliación a las Cajas de Compensación Familiar y el pago del subsidio familiar.*

*Sobre el tema de las prestaciones sociales, han sido clasificados, en general, dependiendo a cargo de quien está la obligación de efectuar el aporte, así, unas son a cargo del empleador (ver gr. prestaciones comunes u ordinarias como primas, cesantías, riesgos profesionales, caja de compensación etc.) y otras compartidas con el trabajador (ver gr. pensión y salud). Las vacaciones en cambio, no tienen la connotación de prestación salarial porque son un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios.*

*En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador, sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización.*

*En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral, así por ejemplo, en materia pensional durante la ejecución del último contrato de la actora, se destinaba el equivalente al 10% de la tasa de cotización, monto cubierto por el empleador con un 75% y el trabajador con un 25% (artículo 20 de Ley 100 1993 sin sus modificaciones posteriores), y en materia de salud la base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es la misma contemplada en el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (párrafo primero art. 204 de la Ley 100 de 1993.).*

*Por tanto, la reparación del daño en el sub-lite no podrá ser la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones o Empresa Prestadora de Salud, debiéndose pagar a la actora quien finalmente tenía la obligación de efectuar dichos aportes como contratista o trabajadora independiente. (Artículos 15 y 157 de la Ley 100 de 1993)*

*Sobre el tema pensional, la Sección Segunda de esta Corporación, ya había reconocido tal prestación ordenando computar el tiempo laborado para efectos pensionales, explicando que una vez demostrada la relación laboral, el verdadero principio de la realidad sobre las formalidades permite el otorgamiento de los derechos implícitos, con el siguiente tenor literal:*

*"Así las cosas, el Estado infractor no puede entonces beneficiarse de su conducta irregular y pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esa manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de la realidad sobre la formalidad lo que impone es que se le reconozca con certeza y efectivamente todo derecho que deviene del despliegue de su actividad laboral.*

*(...)*

*Por lo anterior, los derechos que por este fallo hubrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de*

las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación...<sup>74</sup>

**Riesgos Profesionales**

En cuanto a los Riesgos Profesionales el Decreto Ley 1295 de 1994, establece que dicha obligación está a cargo del empleador (artículo 21 del Decreto Ley 1295 de 1994), sin embargo, como en el presente asunto la contratista, que fungió como empleada, no probó que hubiese sufragado esta especie de seguro que cubre los siniestros derivados de accidentes de trabajo, se infiere que jamás disfrutó de este beneficio, siendo inexistente el daño antijurídico.

**De las Cajas de Compensación**

La Ley 21 de 1982 estableció la regulación de las Cajas de Compensación Familiar para cumplir las funciones propias de la seguridad social, hallándose sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la Ley, así como el subsidio familiar como aquella prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, para aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

De conformidad con esta normativa la demandante no disfrutó, mientras duró su relación contractual desnaturalizada, de los beneficios que otorgan las Cajas de Compensación como son, percibir el subsidio familiar y acceder a los centros de recreación, educación y cultura, entre otros, presentándose la imposibilidad de percibirlos por el transcurso del tiempo, por lo que los dineros que la Administración debió sufragar a ese ente deben ser pagados, a título de indemnización, para que la actora los disfrute, debiéndose ordenar su reconocimiento.

En cuanto al subsidio familiar, este rubro no aparece solicitado dentro de las pretensiones de la demanda, y además la parte demandante no demostró estar dentro de los presupuestos para ser beneficiaria de la prestación.<sup>75</sup>

Por la manera como se ordena restablecer el derecho y reparar el daño causado, respetando los principios de congruencia y prohibición de *reformatio in pejus*, se condenará a la Entidad demandada a pagar a título de Restablecimiento del derecho o reparación del daño, los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes, a los cuales se afilió la accionante en el decurso contractual, durante el periodo acreditado que prestó sus servicios, dichas sumas serán ajustadas conforme quedó expuesto<sup>76</sup>.

**Medidas de justicia restaurativa.**

El fallo del Juez Constitucional no dejó sin efectos las medidas de justicia restaurativa pues solo se detuvo a quebrar el fallo 128 del 11 de diciembre de 2014 dictada por el Tribunal Administrativo del Chocó dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho radicada bajo el No. 2010-773, en cuanto modificó las condenas patrimoniales y guardó silencio en este tópico -medidas de justicia

<sup>74</sup> El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, había ordenado el reconocimiento de estos efectos, en sentencia del 17 de abril de 2008, Radicación número: 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05), Actor: José Nelson Sandoval Cárdenas, Demandado: Instituto Financiero para el Desarrollo de Norte de Santander -FINORTE, Magistrado Promotor Dr. JAIME MORENO GARCÍA.

<sup>75</sup> El Tribunal Administrativo del Chocó, no obstante, no llegó a la parte resolutiva del presente fallo las conclusiones condicionantes e integradoras de la Corte Constitucional en su Sentencia C-478 de 1997 y por el restablecimiento del derecho, tal y como lo ordenaron las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado, cuando determinaron que el restablecimiento decretado por el Juez a que no se puede modificar, muy a pesar de la Sentencia C-478 de 1997 de la Corte Constitucional, para preservar los derechos y principios de congruencia y prohibición de *reformatio in pejus* de la entidad pública accionada, por lo tanto, ha de dejarse ineluctable fue redactado en la Sentencia No. 178 del 31 de agosto de 2013, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Quibdó.

restaurativa; por ello cree el Tribunal Administrativo del Chocó que adicionar el fallo en el sentido de declarar necesario el otorgamiento de esta clase de medidas no afecta el sagrado principio de congruencia, concurrente con la limitación derivada de la *no reformatio in pejus*, resguardado por el Juez Constitucional a favor de la Nación Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, al estimar los Jueces de tutela "los jueces deben circunscribirse únicamente a los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación y, por tanto, les es prohibido hacer más gravosa la situación del apelante único... por cuanto pese a que el tutelante, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL, tenía la condición de único apelante dentro del proceso ordinario fundamento de la presente actuación; la autoridad accionada se circunscribió a los argumentos expuestos en el recurso de apelación sino que se excedió al ordenar la continuidad del contrato de prestación de servicios suscrito por la señora RUBIELA GIRALDO OSORIO en contra de esa entidad... por lo que, claramente, no existe congruencia con los argumentos expuestos en sede del recurso de apelación, y menos con las pretensiones formuladas en la demanda, que no incluyeron el reintegro o continuidad de la relación... Por eso también se transgredió el principio de congruencia de la sentencia<sup>66</sup>, el que como se ha indicado en otras oportunidades<sup>67</sup>, implica dos acepciones, de una parte, armonía entre la parte motiva y la resolutive del fallo (congruencia interna), y de la otra, correspondencia entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en la contestación (congruencia externa).

Esto en la medida que la decisión que se contravierte en sede de tutela fue más allá de lo pedido, en la medida que estudio y ordenó cosas adicionales a las solicitadas en la demanda, o lo dispuesto en el fallo de primera instancia y, consecuentemente, a lo discutido por el MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL en el recurso de apelación formulado contra esa decisión... No obstante, considera la Sección que este argumento no habilita a la Corporación Judicial accionada, para pronunciarse sobre aspectos que, como ella lo reconoce, no fueron debidamente alegados y expuestos en el proceso de nulidad y establecimiento del derecho fundamento de la presente acción, por cuanto si bien es cierto que se trata de un caso de una mujer que se encontraba en estado de embarazo y, por ende, era sujeta de especial protección, también lo es que, el pronunciamiento del juez de segunda instancia, no solo tiene su marco de acción en los argumentos del escrito de apelación, expuestos por la autoridad pública demandada -que fue apelante único-, sino también en la demanda, pues en ella se expresaba claramente cuál era su objeto y lo pretendido por la actora.<sup>68</sup>

Por otro lado, es evidente que aún antes de las Sentencias de Unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014<sup>69</sup>, ya se había hecho patente<sup>70</sup> la necesidad de esta clase de "Medidas de Justicia Restaurativa".

Ahora bien, todo *ex* que el presente asunto se vulneraron gravemente dos derechos fundamentales (la intimidad familiar y la recreación y libre utilización del tiempo libre), es preciso proteger las órbitas subjetiva y objetiva de los mismos. En efecto, la Sala en ocasiones anteriores ha señalado que es posible decretar de oficio medidas de justicia restaurativa, al

<sup>66</sup> Artículo 105 del C.P.C. "CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en esta. (...)".

<sup>67</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta. Providencia del 22 de marzo de 2012. Radicación Interna 41001-23-31-000-2007-00023-01. Número Interno: 18194. C.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz.

<sup>68</sup> Daño inmaterial por afectación relevante a Bienes o Derechos Convencional y Constitucionalmente amparados.

<sup>69</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejoero ponente: ENRIQUE GIL BUTERO; Sentencia del 1º de noviembre de 2012. Radicación: 2500023260001999000204 y 2500023260001999000304 (2000-00003-04). Actores: Leonor Huilrago Quintero y Otros, Demandado: Distrito Capital de Bogotá, Referencia: Acción de Grupo.

*margen de los principios de congruencia y de no reformatio in pejus, en dos escenarios: i) la grave violación a derechos humanos por parte del Estado -acción u omisión- o por la actividad de terceros pero imputable al primero y ii) la afectación significativa a un derecho fundamental de los reconocidos a nivel constitucional<sup>100</sup>.*

*En la segunda hipótesis la Sección Tercera ha decretado medidas de rehabilitación, satisfacción o garantías de no repetición, en aras de amparar el núcleo esencial del derecho fundamental que fue gravemente lesionado.<sup>101</sup>*

Efectivamente es necesario tomar medidas de justicia restaurativa porque el Tribunal considera que el agravio inferido al nasciturus y a RUBIELA GIRALDO OSORIO, no pueden simplemente quedar circunscritos a los efectos patrimoniales que ya se reconocieron por el a quo, y que órden de los jueces constitucionales, han de quedar indemnes en lo meramente patrimonial.

Las medidas de justicia restaurativa no están reducidas a los casos de graves violaciones a los derechos humanos que suponen la vulneración de la normativa del derecho internacional humanitario: en este caso, el arriba citado artículo 16 de 1998 habilita al Tribunal para, una vez constatada la vulneración de los derechos de la accionante<sup>102</sup>, determinar que se deben adoptar las medidas restaurativas que el caso amerita.

Esta decisión acata plenamente la doctrina expuesta por el Honorable Consejo de Estado que tuvo amplia posibilidad de establecer los parámetros de la reparación integral en su fallo del 20 de febrero de 2008<sup>103</sup> y que luego fueron compilados en las Sentencias de Unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 18364, M.P. Enrique Gil Botero.

<sup>101</sup> La normativa constitucional y legal ya examinada, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, o Convención de Belén do Pará de 1994.

<sup>102</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Casos/Acto: Enrique Gil Botero, Expediente: 16.996, Actor: María Delfa Castañeda y otros, Demandada: Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional y otro, Asunto: Acción de reparación directa.

**3. DAÑO INMATERIAL POR AFECTACIÓN RELEVANTE A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS**

*Se reconocerá, sin de oficio, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. Procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su existencia y se pida su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas restaurativas no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, así es, cónyuge o compañero(a) permanente o estable y los parientes hasta el I° de consanguinidad, en atención a las relaciones de subsidiaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza".*

*Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reparar las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y los demás dejados por el derecho internacional. Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o convenientes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 81 y 83.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos)." (Documento ordenado mediante Acto No. 31 del 25/Sep/2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales.*

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Documento Final, Aprobado mediante Acto del 28 de agosto de 2014, Referentes para la Reparación de Perjuicios Inmateriales. Documento ordenado mediante Acto No. 23 del 28/ sep/ 2013, con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales. OLGA MELIDA VALLE DE DI, LA HOY, Presidenta de la Sección, CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Vicepresidente de la Sección, Magistrados: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBIDA, ENRIQUE GIL BOTERO, RAMIRO FAZON GUERRERO, STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO, HERNÁN ANDRADE RINCÓN, DANIL ROJAS BUITANCOURTIL.

Dijo así nuestro Órgano de cierre:

*“Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad con el tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DIDHH).*

*En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona, reconocidas nacional e internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del statu quo, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que propenden por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos, máxime si se tiene en cuenta que tales vulneraciones, tienen origen en delitos o crímenes que son tipificados como de lesa humanidad<sup>104</sup>.*

*La anterior conclusión se impone, a todas luces, como quiera que, en estos eventos, el reconocimiento de una indemnización económica con miras al cubrimiento de un determinado perjuicio o detrimento, en modo alguno puede catalogarse como suficiente, toda vez que la persona o conglomerado social ven afectado un derecho que, en la mayoría de los casos, es de aquellos que pertenecen a la primera generación de derechos humanos y, por lo tanto, por regla general, se ven cercenadas garantías de naturaleza fundamental, sin las cuales la existencia del ser humano no es plena.*

*En esa dirección, el juez de lo contencioso administrativo debe asumir una posición dinámica frente a las nuevas exigencias que le trae el ordenamiento jurídico interno, así como el internacional, toda vez que, la protección de los derechos humanos se ha convertido en un aspecto de regulación positiva que ha desbordado las barreras que, tradicionalmente habían sido fijadas por los Estados en su defensa acérrima del principio de soberanía nacional. Este nuevo cambio de paradigma, en el cual el sujeto y la sociedad son el eje fundamental del Estado (social y democrático de derecho), hacen que todo el ordenamiento jurídico internacional, tenga directo interés en la materialización real y efectiva de los derechos y garantías de los cuales es titular el ser humano...”*

En reciente fallo, la temática volvió a abordarse en el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera; Sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014<sup>105</sup>; específicamente en el Exp.

<sup>104</sup> Sobre el particular, se puede consultar: Estatuto de Roma (Por medio del cual se establece la Corte Penal Internacional), ratificado por Colombia, mediante la ley 742 de 2002, la cual fue objeto de revisión automática de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-578 de 2002.

<sup>105</sup> *“100 Para determinar las medidas de reparación no pecuniarias, la Sala debe examinar la afectación de los bienes constitucionales, en especial aquellos que se concretaron en Yaneth Pérez García como mujer en el conflicto, al haber sido su hija, Lisseth Yamile, de la zona como rehén a manos de miembros del grupo armado insurgente FARC, y de la familia constituida por la víctima, su hijo y el miembro de la Policía Nacional Javier Silva Nabagah. Sin contradecir el principio de la no reformatio in pejus, ni modificar la causa petendi, al existir violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, la Sala encuentra hechos que demuestran la afectación a bienes constitucionales jurídicos 42 –la familia como estructura fundamental–, 43 –igualdad de derechos y oportunidades de la mujer y el hombre– y 44 –derechos fundamentales de los niños– y convencionales [17 –protección de la familia–, 19 –derechos del niño–], por lo que estudia la necesidad de fijar medidas de reparación no pecuniarias con el objeto de lograr la plena efectividad del derecho a la reparación integral consagrado en el artículo 90 de la Carta Política, 16 de la Ley 446 de 1998 y 61.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.*

<sup>109.3</sup> *Es necesario para la Sala, como juez contencioso administrativo y de convencionalidad, restablecer el poder de la mujer en la historia del país -La mujer ha participado en múltiples ocasiones desde los orígenes,*

28832, M.P. DANILO ROJAS BETACOURTH, Radicación: 250002326000200000340-01<sup>98</sup>. Actor: Andreas Erich Sholten, Demandado: Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, Naturaleza: Reparación directa.

Así las cosas, se ordenará que esta sentencia sea publicada en la página web del Ejército Nacional a efecto de preaver a la cadena de mando, a los ordenadores del gasto de la institución, a los asesores jurídicos, a los interventores de esta clase de contratos de prestación de servicios que existen derechos fundamentales dignos de protección desde la administración misma, y que en tratándose de mujeres, la protección es extrema por sí mismas y como dadoras de vida pues en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, debe reconocerse siempre la protección especial que les otorga la Constitución a las mujeres en estado de gravidez -durante el embarazo y luego del parto-.

**COSTAS:**

Este capítulo fue dejado sin efectos por el Juez Constitucional en su fallo del 31 de agosto de 2015<sup>99</sup> al estimar "Resulta oportuno destacar que si bien es cierto el juez se encuentra facultado para imponer multas en aras de garantizar la recta administración de justicia, su poder correctivo debe estar precedido de un trámite, en el cual quien incurra en una conducta reprochable, previa sanción del operador jurídico pueda ejercer sus derechos de defensa, con lo que se efectiviza el derecho constitucional fundamental al debido proceso. Sobre este punto, la Corte Constitucional afirmó:

*"(...) La imposición de la multa debe en todo caso estar antecedida de una actuación que cumpla con los ingredientes mínimos del debido proceso (publicidad, contradicción y defensa). ii) Adicionalmente, la imposición de la sanción debe provenir de una valoración sobre los criterios de imputación que permitan verificar la intención de producir el resultado dable en la actuación judicial y además la afectación efectiva de los bienes jurídicos protegidos de la administración de justicia. (...)"<sup>100</sup>*

*conflicto, entre ellos el movimiento de independencia en donde la participación de la mujer cumplió un papel no solo de benéfico, sino cumpliendo diversos roles de asistencia, cabe destacar la función de las "juntas" y de las mujeres del sectoro Nantushe quienes participaron activamente en el movimiento de independencia. De igual manera la mujer estuvo presente en la guerra de los mil días y en la época de violencia bipartidista donde fue testigo del cumplimiento de su deber de la forma más valerosa y víctima directa de la crueldad y recriminación que lejos de ser una víctima "victimizada", la mujer, muy a pesar de las condiciones que le impone la sociedad y el conflicto armado, ha sido ejemplo de valentía y ha resistido con valor las diferentes condiciones a las que el conflicto la ha expuesto y como en muchos casos a través de su constancia ha ayudado a garantizar las mínimas condiciones de vida digna de quienes le rodean sin importar el conflicto -La mujer ha sido actora de los derechos, no sólo de su propio género (como lo fue el movimiento de sufragistas a través del cual se exigía el reconocimiento de los derechos civiles de las mujeres) sino también reivindicando derechos sociales como en el caso de María Cano en los años 20 y de la lucha que hubo en busca del reconocimiento de derechos laborales para las trabajadoras." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", Consejera ponente: JAIME ORLANDO SANTUFIMO GAMBIRA; Sentencia del 12 de febrero de 2014, Radicación número: 30001-23-31-000-2000-00001-01(2601), Actor: Durabio Perez y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, Referencia: Acción de Reparación Directa (Apelación Sentencia).*

<sup>98</sup> "... y ello aún a pesar de no haber sido solicitada en el postium de la demanda. "

<sup>99</sup> La Sentencia del 10 de febrero de 2016: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ; Sentencia del 10 de febrero de 2016, Acción: Tutela (segunda instancia), Expediente: 11001-03-15-000-2015-01576-01, Actora: Yira Wendy Cardona Rentería, Demandado: Tribunal Administrativo del Chocó, Tema: Tutela contra providencia judicial: derechos constitucionales fundamentales al trabajo y mínimo vital). REVOCÓ el fallo del 31 de agosto de 2015 -que había dejado sin efectos el ordinal 5º de la parte decisoria de la sentencia de 11 de diciembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, mediante el cual se le impuso una multa a la demandante de 20 saldos, por las taras expuestas en la motivación.

<sup>100</sup> Sentencia C-203 de 2011, M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

*El procedimiento que debe agotar el juez antes de imponer las medidas correctivas, se encuentra previsto en el artículo 59 de la Ley 270 de 1996.*

....

*Visto lo anterior, la Sala encuentra que el ordinal 3° contenido en la parte resolutoria de la sentencia de 11 de diciembre de 2014, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Chocó le impuso una sanción pecuniaria a la tutelante de 20 salarios, en su condición de apoderada del Ministerio de Defensa Nacional, adolece de un defecto sustantivo, pues no se evidencia que antes de ejercer sus facultades correctivas, haya adelantado el trámite establecido en el artículo 59 de la Ley 270 de 1996, es decir, no se le permitió ejercer su derecho constitucional fundamental de defensa a la sancionada, lo que desconoce su garantía al debido proceso, máxime si se tiene en cuenta que así lo exige el parágrafo del artículo 44 del Código General del Proceso.*

....

*A partir de los anteriores prolegómenos, la Sala concluye que el Tribunal Administrativo del Chocó al imponerle a la actora una multa de 20 salarios en el ordinal 5° de la parte decisoria de la sentencia de 11 de diciembre de 2014, incurrió en un defecto sustantivo al incumplir el trámite previsto en el artículo 59 de la Ley 270 de 1996 antes de ejercer sus facultades correctivas, por lo que se amparará el derecho constitucional fundamental al debido proceso de la actora y se dejará sin efectos dicha orden."*

El fallo del juez constitucional pues, fue revocado y denegado el amparo impetrado.

Por otro lado, en los fallos de los Jueces de Tutela<sup>109</sup>, se dijo en primera instancia:

**"1. Cuestión previa**

*Precisa la Sección que la parte actora alega que el Tribunal accionado incurrió en una irregularidad al imponerle a la doctora YIRA WENDY CARDONA RENTERÍA el pago de una multa de 20 S.M.M.L.V y, además, compulsar copias ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Chocó para que adelantara la investigación que considerara pertinente, sin existir motivos suficientes para adoptar esa decisión.*

*No obstante, este asunto no será objeto de pronunciamiento dentro de la acción de tutela de la referencia, porque el mismo fue debatido y alegado directamente por la doctora CARDONA RENTERÍA en la acción de tutela radicada bajo el número 2015-01576, la que a la fecha se encuentra pendiente de ser decidida, en segunda instancia por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, C.P.: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez y, por ende, será en esa actuación en la que se adopte una decisión definitiva al respecto, a efectos de evitar una decisión contradictoria y, dada la imposibilidad de la acumulación de tutelas por cuanto se encuentran en etapas procesales diferentes." Y se reiteró por el ad quem:*

*"Aclaró que el pago de la multa que le fue impuesta a la señora Yira Wendy Cardona Rentería no sería objeto de pronunciamiento dentro de la presente acción de tutela, en la medida en que dicha multa fue debatida y alegada directamente por ella en la acción de tutela radicada bajo el número 2015-01576 en la que a la fecha se encuentra pendiente de ser decidida en segunda*

<sup>109</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ; Sentencia del 16 de diciembre de 2015. Referencia: Acción de Tutela, Radicado: 11001-03-15-000-2015-01583-00. Accionante: Nación - Ministerio de Defensa Nacional. Accionado: Tribunal Administrativo del Chocó, Tema: Tutela contra Providencia Judicial, Violación Directa de la Constitución, Principio *Non reformatio in pejus*, Decisión: Se Accede al Amparo Solicitado, Fallo de Primera Instancia, y la Sentencia del 3 de marzo de 2016 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO; Sentencia de marzo 3 de 2016, Expediente No. 11001-03-15-000-2015-01583-01. Actor: Nación - Ministerio de Defensa Nacional, Demandado: Tribunal Administrativo del Chocó, Acción de Tutela - Fallo de Segunda Instancia, que confirmó el fallo de la Sección Cuarta.

instructa por la Sección Cuarta del Consejo de Estado y por ende serán en esa actuación que se debe adaptar una decisión definitiva al respecto.”.

El Tribunal Administrativo del Chocó, al evidenciar el quiebre del fallo también decretado sobre asuntos patrimoniales<sup>100</sup>, encuentra que la temática relacionada con “*Deberes y responsabilidades de las partes y sus apoderados*”<sup>101</sup> debe guiarse por el Código General del Proceso, y no ya, por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

Previamente se advierte, que la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-141/98 explicó:

**“RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE PARTES Y APODERADOS.**

**Imposición de sanciones**

*No es exacto decir que las sanciones previstas en los artículos 72 y 73 se impongan de plano. Por el contrario: ellas se imponen al final del proceso o del incidente, en la sentencia o en el auto que pone fin al uno o al otro. Quien recibe la sanción (parte o apoderado) ha intervenido en el proceso, ha tenido la oportunidad de aducir pruebas y de contravertir las presentadas por la parte. Ha tenido a su disposición todos los medios de defensa establecidos en el proceso. Tampoco es aceptable sostener que aquel a quien se imponga la condena, carezca de la posibilidad de interponer el recurso de apelación contra la respectiva providencia. Lo que acontece, por regla general, es lo contrario. Todas las sentencias de primera instancia son apelables, con la excepción señalada en el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil. También son apelables los autos que deciden incidentes”.*

Este pronunciamiento se hizo en el juicio de constitucionalidad con Referencia: Expediente D-1860, Demanda de Inconstitucionalidad en contra de los artículos 72 (parcial) y 73 del Código de Procedimiento Civil, tal como fueron modificados por el artículo 1º, numerales 28 y 29 del decreto 2282 de 1989 (Actor: Jorge Luis Pabón Apicella, Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA; Sentencia aprobada en Acta número 8, del 15 de abril de 1998) para reiterar que los artículos 72 (parcial) y 73 del Código de Procedimiento Civil exigen un respeto a la administración de justicia y a las partes porque “*Ahora el proceso no es un ejercicio mezquino donde tengan cabida la temeridad y la mala fe. La defensa de los intereses propios o del cliente, no puede basarse en el ocultamiento de la verdad ni en la mentira. El proceso mismo o sus incidentes y recursos y demás actuaciones, no pueden utilizarse para un fin distinto al que les es propio: la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Derechos, verdaderos derechos, no la apariencia de ellos.*”

<sup>100</sup> “A. Como consecuencia de lo anterior, **SE ORDENA** al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ que en el término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera una nueva sentencia en la que se pronuncie únicamente, respecto de los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto contra dicha sentencia, como le correspondiere según su competencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 437 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable al caso” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ; Sentencia del 16 de diciembre de 2015. Referencia: Acción de Tutela. Radicación: 11091-02-12-000-2015-01282-00, Accionante: Machón - Ministerio de Defensa Nacional. Accionado: Tribunal Administrativo del Chocó, Tema: Tutela contra Providencia Judicial, Violación Directa de la Constitución, Principio *Nam reformatus in pejus*, Decisión: Se Accede al Amparo Solicitado, Fallo de Primera Instancia.

<sup>101</sup> En el último de los contratos reseñados (043-DIGSM/HR1/M-2008 -folios 38 a 40 y 46-1, se especifica claramente que el “Supervisor” del contrato es el “Subteniente Pedro Manuel Reyes Llerena”; además, a folio 41 aparece original del recibido de la comunicación suscrita por Rubiela Giraldo Osorio al Subteniente Pedro Manuel Reyes Llerena, en su calidad de “Director dispensario médico M-154”, comunicación que fuera recibida por el ST REYES el 6 de noviembre de 2008 a las 14:00 horas, en la cual se manifiesta “Por medio de la presente me dirijo a usted con el objeto de informarle que me encuentro en estado de gravidez con aproximadamente 6.5 semanas de gestación” y que anuncia como anexo “Resultado de laboratorio por mi EPS y ecografía” que aparecen a folios 42 y 43.

(recordando que en la ) Sentencia C-426 del 4 de septiembre de 1997 (dijo):

*"3°. La buena fe y las obligaciones impuestas por los artículos 202 y 203 del Código de Procedimiento Civil.*

*"La buena fe bien puede incluirse entre los "elementos fijos e invariables que tienen el valor de dogmas eternamente verdaderos", a los cuales se refería Jossenuid en su tratado de Derecho Civil."*

*... quienes actúan en el proceso lo hacen a sabiendas de sus deberes, consagrados en los artículos 71 y 74 del Código de Procedimiento Civil. Su conducta procesal depende exclusivamente de ellos mismos.*

*La condena solamente procede cuando en el proceso o en el incidente aparece la prueba de la conducta temeraria o de mala fe. Su apreciación por el juez se hace en ejercicio de los poderes que el Código le concede en materia de pruebas (artículo 187).*

*Es claro que la interposición del recurso de apelación, en general procedente, permite que en la segunda instancia el superior analice las pruebas en que fundó su decisión el inferior, en particular, teniendo en cuenta las críticas o argumentos del recurrente. Es más: en tratándose de la apelación de sentencias, es posible la práctica de pruebas, en los casos previstos en el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil.*

*En últimas, lo que ocurre al aplicar los artículos 72 y 73, es similar a lo que acontece cuando el juez, en cumplimiento de la norma citada, deduce indicios de la conducta procesal de las partes. Esa apreciación se hace, por lo general, en la sentencia o en el auto que resuelve el incidente o recurso.*

*Por todo lo anterior, concluye la Corte que las normas acusadas no quebrantan las disposiciones señaladas en la demanda. Y tampoco violan norma alguna de la Constitución.*

*De otra parte, como el artículo 72 es inescindible, la declaración de exequibilidad se hará en relación con todo el artículo, y no solamente con la parte demandada".*

Idéntico pronunciamiento hizo la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional; en la Sentencia del 20 de mayo de 1980 (Magistrado ponente: doctor RICARDO MEDINA MOYANO, Aprobada por Acta número 29, Ref. Expediente número 791, Inexequibilidad de los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil. Actor: Carlos Paz Méndez), cuando examinó la **responsabilidad patrimonial de las partes y de los apoderados en los litigios civiles** y concluyó en la **Exequibilidad de los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil:**

*"Consideraciones de la Corte*

*1.- Debe anularse en primer término, que los artículos acusados en orden a la condena en perjuicios, prevén tres vías procesales diferentes a saber:*

- a). Condena al pago de los perjuicios, en la sentencia o en el auto que decida el proceso, o el incidente;*
- b). Liquidación de los perjuicios en la forma prevista en el artículo 308 de la misma codificación, y*
- c). Liquidación de los perjuicios en "proceso verbal" separado.*

*Ahora bien, el citado artículo 308 y mayormente, el "proceso verbal", previsto en el Título XIII, artículos 442 a 449 del código judicial, contienen una larga serie, coherente y ordenada de ritualidades que más dentro del concepto más exigente de "proceso" sería necesario aceptar como integrantes de tal institución.*

II. En consecuencia, a juicio de la Corte, el único caso que formalmente podría ser susceptible de los ataques consignados en la demanda, sería el primero, esto es, cuando se hace la condena al pago de los perjuicios en "la sentencia o en el auto que decata el proceso o el incidente".

Y aún en este caso, lo mismo desde luego, que en los otros dos, a juicio de la Corte, no se infiere agravio al artículo 26 de la Carta Política, vale decir al derecho individual de defensa, por las razones que a continuación se exponen:

a). Las actuaciones "temerarias o de mala fe", consagradas en los artículos acusados, dentro de la división universal de las infracciones, no pueden ser consideradas ni como delitos, ni como contravenciones, ni como faltas disciplinarias, u otras conductas similares;

Especialmente no pueden ser consideradas como faltas disciplinarias, como parece aceptarlo la demanda (folio 1 vuelto), toda vez que no operan dentro de un marco jurídico integrado, de orden jerarquizado. Además, el propio legislador puso de presente dicha falta de identidad, al determinar en el artículo 73 acusado, que: "copia de lo pertinente se remitirá al Tribunal Disciplinario para lo relativo a las faltas contra la ética profesional", lo cual no deja la menor duda, también de iure condito que tales conductas se encuentran jurídicamente despojadas del carácter propio de las faltas disciplinarias. Se trata, en consecuencia, de conductas simplemente antiprocesales, que por su propia índole impiden u obstaculizan el desarrollo normal de los procesos;

b). En tales condiciones, la sanción que recae sobre dichas conductas, esto es, la condena al pago de los perjuicios, no es una sanción penal, tampoco una pena administrativa y menos aún una pena disciplinaria. Se trata, según lo anterior, de una "sanción procesal", de orden eminentemente funcional, a través de la cual se garantiza el desarrollo normal del proceso;

c) Y es que, así como en el marco de las leyes estatales, sería imposible prescindir del ejercicio del ius pudentis; dentro del marco simplemente procesal, el funcionario a cuyo cargo se encuentra la conducción del proceso, no puede estar despojada de aquellas facultades o atribuciones que le permitan llevar el juicio a una adecuada culminación. Así, si se examinan los Códigos de Procedimiento Civil, Penal, Laboral o cualesquiera otros, siempre se encontrarán con mayor o menor profusión, tales poderes u otros similares por parte del juez;

d). También desde otro ángulo visual, debe tenerse en cuenta que, también las partes dentro del proceso, tienen un evidente derecho, a que se les administre pronta y oportuna justicia, sin que tal derecho se vea entorpecido por actos de "temeridad o mala fe";

e) También conviene observar que el nuevo Código de Procedimiento Civil de 1970 significó un avance ciertamente relevante desde todo punto de vista, pero mayormente desde el punto de vista de la posición dinámica del juez, en contra de actitud ostensiblemente estática a que se le confinaba en el ordenamiento anterior. No parecería inapropiado decir, como secuela de lo expresado, que ese moderno estatuto procesal, vino a ser un efecto, no por tardío menos evidente, de la reforma del artículo 16 de la Carta Política hecha en 1936, según el cual las autoridades dejaron de moverse en el marco del "Estado gendarme", para ser ubicadas en un marco de intervención activa, en procura del cumplimiento de sus elevados fines;

f) No parece, en consecuencia aceptable, que actos de la naturaleza estudiada, se consideren comprendidos en el artículo 26 de la Constitución. Vale la pena recordar que la Corte ha definido el punto de antiguo, desde la época misma de la creación de la Sala Constitucional, al expresar en providencia de junio 14 de 1969, con ponencia del doctor Eustorgio Sarria que:

"La aplicación del artículo en comento comprende el ámbito administrativo, civil, laboral, etc., tal como lo advierte el Procurador. Mas eso no significa que pueda invocarse en casos extraños a los que define o que no guardan similitud con ellos. Juzgamiento es la acción y efecto de juzgar, y juzgar, es deliberar acerca de la actuación de la voluntad de la ley en un caso concreto y sentenciar en armonía. Por lo tanto, la garantía es para ese efecto. Para otros, como los de igualdad ante la Ley, seguridad personal o inviolabilidad de los derechos legítimamente constituidos, deben los gobernados, acogerse, entre otras, a los preceptos de los artículos 16, 23 y 30 de la Constitución";

g). La naturaleza del proceso, como conjunto coherente de actos, encaminados a realizar en forma adecuada la función jurisdiccional, no implica necesariamente la presencia de ciertas y determinadas ritualidades, como la audiencia, según el ejemplo propuesto por el demandante (folio 1 vuelta), diligencias que no suelen tenerse por lo tanto, como de la esencia del proceso.

Y, de consiguiente, la mayor o menor calidad o cantidad de los actos integrantes del proceso, no puede por sí misma considerarse violatoria del artículo 26 de la Carta Fundamental; en cuanto a la persona condenada, haya tenido los medios necesarios para demostrar probatoriamente la no realización de la conducta, y también para interponer recursos contra el acto jurisdiccional que la condena.

1.a) Previamente adopta planteamientos similares, al expresar en su concepto que:

"Es incuestionable que al promover un ciudadano una acción o al ejercitar su defensa, tiene obligación de acomodar su conducta a las condiciones, términos, oportunidades y medios procesales preestablecidos y que corresponde al juez velar a través de todo su curso para que el trámite no sufra dilaciones, interferencias o se utilicen medios temerarios, desleales o de mala fe. Y para que pueda cumplir con esa primordial obligación tiene que disponer de los medios correctivos que le permiten ejercer su autoridad en defensa de la justicia misma de las partes en el proceso".

h) Pero si en gracia de discusión se aceptara que la represión por parte del juez, de los citados actos antiprocésales, sí puede enmarcarse dentro del ámbito de tutela del artículo 26; o cuando menos, lo anterior deviniera discutible, entonces también es oportuno tomar en cuenta que la Corte, con mayor antigüedad todavía, glosando el artículo citado, ha sostenido que el proceso, de todas suertes entendido en la forma ya mencionada, debe guardar proporción con la conducta reprimida, expresando al respecto que:

"... las expresiones, formalidades legales, plenitud de formas en cada juicio, que tal norma prevé..... son fórmulas con que está ordenada la observancia de los siguientes requisitos:

"a) Que la ley debe definir de antemano y de manera precisa el acto, el hecho o la omisión que constituye el delito, la contravención o la culpa que han de prevenirse o castigarse;

"b). Que haya atentado contra la libertad individual cuando la ley no lleve esta condición, sino que deja al arbitrio de quien deba aplicarla como autoridad, la calificación discrecional de aquellos actos, de suerte que pueden estar sujetos o no a prevención, ser o no ser punibles, según el criterio personal de quien los califique;

"c). Que medie un procedimiento apropiado, el cual puede ser sumario y brevísimo, cuando así lo requieren las funciones rápidas de la policía preventiva, que allegue la prueba adecuada, según el caso, del hecho individual.....;

"d). Que el procedimiento en todos estos casos garantice al sindicado los medios de defensa, y

"e). Que la ley no imponga medidas o castigos que sean insolitos, excesivos o desproporcionados en extremo" (julio 22 de 1970. Magistrado ponente, doctor Eustorgio Sarria).

Segundo cargo. Expresa el demandante que:

*"La calificación de actos temerarios o de mala fe que proponen las normas no pueden en modo alguno dejarse al capricho o discreción de un funcionario; considero necesario e ineludible que ellos sean estructurados previa y plenamente por una vía procedimental para llegar a un convencimiento de su existencia o inexistencia para la imposición de la sanción".*

*Consideraciones de la Corte:*

*Si con lo anterior, lo que el demandante quiere significar al aludir al capricho y discrecionalidad del juez, es a que tales conductas no tienen la suficiente precisión, no están descritas en forma tal que puedan estimarse como realidades típicas, conviene recordar entonces que el artículo 74 del Código de Procedimiento Civil precitado, describe cuidadosamente las conductas consideradas como temerarias o de mala fe, las cuales se presentan, según el mismo:*

*"1°. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso o oposición.*

*"2°. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.*

*"3°. Cuando se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.*

*"4°. Cuando se obstruya la práctica de pruebas.*

*"5°. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso".*

*Resulta pertinente y revelador el cuidado del legislador respecto a tipificación de tales conductas, pues precisamente el decreto que modificó y corrigió el Decreto-ley número 1400 de 1970 suprimió del mencionado artículo 74 de una parte, "el abuso del derecho", y de otra parte, suprimió también la conducta mediante la cual "se omite declarar algún hecho esencial para la decisión del juez y aparezca de manifiesto que se tenía conocimiento de él", así misma consagrada como acción temeraria o de mala fe en el primitivo artículo 74.*

*Pero si lo que el demandante quiere significar es, nuevamente, la ausencia central de un núcleo de ritualidades coherentes para la imposición de la obligación de responder por los perjuicios causados, entonces simplemente se está reiterando el primer cargo, el cual según lo expuesto, no ha sido aceptado por la Corte.*

*Importa señalar que la Procuraduría General de la Nación admite en el concepto correspondiente, que las conductas de "temeridad y mala fe", si se encuentran debidamente cristalizadas, en las diferentes descripciones hechas en el artículo citado, no siendo dable de contraer, tenerlas de cualquier modo, como atípicas."*

**Así entonces, resulta jurídicamente atendible que la aplicación de los artículos 71 a 74 del C. de P.C. (hoy, artículos 78 a 81 del C. G. del P.), que regulan "Deberes y responsabilidades de las partes y sus apoderados", y por no corresponderse con "comportamientos contrarios a la solemnidad", no deban ritualizarse con el procedimiento<sup>112</sup> previsto en el artículo 59 de la L.E.A.J., porque los institutos de violación a los deberes de las partes y sus apoderados, temeridad, mala fe y abuso del derecho que**

<sup>112</sup> **La Sentencia del 10 de febrero de 2016** (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: **CARMEN TERESA CORTÉS DE RODRÍGUEZ**; Sentencia del 10 de febrero de 2016, Acción: Tutela (segunda instancia), Expediente: 11001-03-15-000-2013-01576-01, Actores: Yina Wendy Cárdena Restrepo, Demandado: Tribunal Administrativo del Chocó, Tema: Tutela contra providencia judicial: derechos constitucionales fundamentales al trabajo y mínimo vital) REVOCÓ el fallo del 31 de agosto de 2015 -que había dejado sin efectos el ordinal 5°, de la parte decisoria de la sentencia de 11 de diciembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, mediante el cual se le impuso una multa a la demandante de 70 salarios- por las razones expuestas en la motivación-

se resuelven con arreglo a los artículos 72<sup>115</sup> y 74<sup>114</sup> del C. de P.C., en tanto claramente la decisión correspondiente se adopta con la resolución del recurso mismo, pues es en dicha providencia que previamente se ha confrontado con las alegaciones y sus pruebas, para concluir en su falta de fundamento fáctico y jurídico, razón ésta que impide que al momento de dictar sentencia, como en este caso, deba suspenderse la emisión del fallo para iniciar el trámite previsto en el artículo 59 de la L.E.A.), que es una normativa pertinente para desatar otras situaciones no previstas expresamente en las normas adjetivas analizadas.

En suma, los artículos 71<sup>113</sup> (numerales 1 y 2), 74<sup>116</sup> (numerales 1, 2 y 3) del C. de P.C. se aplican al momento de desatar los recursos en la perspectiva de los *Deberes y responsabilidades de las partes y sus apoderados*, porque es cuando procesalmente se examina "la prueba de tal conducta" y se "considera" o "presume" que existió falta de fundamento fáctico y jurídico, constitutivos de temeridad, la mala fe y el abuso del derecho de litigar.

Cabe reiterar, las sanciones previstas en el capítulo "*Deberes y responsabilidades de las partes y sus apoderados*" de los Códigos Procesales y que desarrollan los artículos 71<sup>117</sup> (numerales 1 y 2), 74<sup>118</sup> (numerales 1, 2 y 3) del C. de P.C., se resuelven con arreglo a los artículos 72<sup>119</sup> y 74<sup>120</sup> del C. de P.C., en tanto claramente la decisión correspondiente se adopta con la resolución del recurso mismo, pues es en dicha providencia que previamente se ha confrontado con las alegaciones y sus pruebas,

<sup>115</sup> A cuyo texto: "... Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide en la forma prevista en el inciso cuarto del Artículo 307, y si el proceso no hubiere concluido, los liquidará en proceso verbal separado..."

Artículo 80 del C. G. del P.; a cuyo tenor:

"... Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide por incidente..."

<sup>116</sup> A cuyo texto:

"Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: ..."

Artículo 79 del C. G. del P.; a cuyo tenor:

"Se presume que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: ..."

<sup>117</sup> Artículo 78 (Num. 1 y 2) del C. G. del P.

<sup>118</sup> Artículo 79 (Num. 1, 2 y 3) del C. G. del P.

<sup>119</sup> Artículo 78 (Num. 1 y 2) del C. G. del P.

<sup>120</sup> Artículo 79 (Num. 1, 2 y 3) del C. G. del P.

<sup>115</sup> A cuyo texto: "... Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide en la forma prevista en el inciso cuarto del Artículo 307, y si el proceso no hubiere concluido, los liquidará en proceso verbal separado..."

Artículo 80 del C. G. del P.; a cuyo tenor:

"... Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide por incidente..."

<sup>116</sup> A cuyo texto:

"Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: ..."

Artículo 79 del C. G. del P.; a cuyo tenor:

"Se presume que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: ..."

para concluir en su falta de fundamento fáctico y jurídico, razón ésta que impide que al momento de dictar sentencia, como en este caso, deba suspenderse la emisión del fallo para iniciar el trámite previsto en el artículo 59 de la L.E.A., que es una normativa pertinente para desatar otras situaciones no previstas expresamente en las normas adjetivas analizadas.

En suma, los artículos 71<sup>121</sup> (numerales 1 y 2), 74<sup>122</sup> (numerales 1, 2 y 3) del C. de P.C. se aplican al momento de desatar los recursos en la perspectiva de los *Deberes y responsabilidades de las partes y sus apoderados*, porque es cuando procesalmente se examina “la prueba de tal conducta” y se “considera” o “presume” que existió falta de fundamento fáctico y jurídico, constitutivos de temeridad, la mala fe y el abuso del derecho de litigar.

Obviamente, el fallo debe partir de la base de aceptar que a partir del 25 de junio de 2014, el tema de las costas ya no es procedente analizarlo con arreglo al artículo 55 de la Ley 446 de 1998, por virtud del artículo 306 del C. de P.A. y de lo C., pues así lo ha dispuesto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo<sup>123</sup> del Consejo de Estado, pronunciamiento que fue reiterado el 6 de agosto siguiente desde la Sección Tercera<sup>124</sup>, ambos con ponencia del Maestro ENRIQUE GIL BOTERO.

En este caso, y luego de quebrado el fallo 128 del 11 de diciembre de 2014 de Este Tribunal, en el transcurso del plazo de 30 días otorgado para rehacer la sentencia con sus parámetros, se ordenó que la apoderada de la Nación - Ministerio de Defensa Ejército Nacional compareciera a rendir descargos como lo expresara el fallo del Juez constitucional; sin embargo, a la primera citación, la abogada no quiso comparecer porque era injurídico -folios 243 a 252-, a la segunda, tampoco compareció porque debía desplazarse a otra ciudad a cumplir compromisos académicos, y en la tercera citación, la profesional del derecho decidió recusar al Ponente.

En suma, la conducta de a, contestar la demanda proponiendo excepciones con base en una mentira con argumentos claramente contraevidentes y con citas decontextualizadas e impertinentes -folios 41 a 43; aunque al referirse al hecho 7 de la demanda lo aceptó-, b, de alegar de conclusión persistiendo en la mentira “la demandada no está llamada a cancelar dichos emolumentos en razón a que a esta nunca se le notificó el estado de gravedad...” -folio 96-, c, en apelar el fallo, acusada en la mentira y la torpezza “hecho que hasta el momento no se encuentra probado; pues solo se tiene la manifestación de la demandante... no existe prueba en el plenario debidamente recibida, en donde existe que la demandante notificó en legal forma a la demandada... la demandada no está llamada a cancelar dichos emolumentos en razón a que a esta nunca se le notificó el estado de gravedad...” -folio 116-; su persistencia en negar lo innegable es evidentemente, de mala fe, desleal y temeraria.

<sup>121</sup> Artículo 78 (Num. 1 y 2) del C. G. del P.

<sup>122</sup> Artículo 79 (Num. 1, 2 y 3) del C. G. del P.

<sup>123</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Sentencia del 25 de junio de 2014, Radicación número: 23000-23-26-000-2012-00393-01 (19299), Actor: Caja Salud Entidad Promotora de Salud S.A., Demandado: Nación - Ministerio de Salud y de la Protección Social, Referencia: Recurso de Queja.

<sup>124</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Auto Interlocutorio del 6 de agosto de 2014, Radicación número: 88001-23-33-000-2014-00003-01(50408), Actor: Sociedad BEMOR S.A.S., Demandado: Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Referencia: Apelación Auto que negó, Solicitud de Amparo de Pobreza.

Si bien se accederá a las pretensiones de la demanda, en el asunto de la referencia, a términos de lo reglado en el Artículo 171 del C.C.A., modificado por el Artículo 55 de la ley 446 de 1.998, la Sala no puede abstenerse de condenar en costas a la parte demandada, por cuanto la conducta procesal de ésta se encuentra teñida de mala fe y temeridad, constitutiva de abuso del derecho.

En efecto, si la acción fue instaurada con base en los argumentos que fueron planteados en la sede administrativa pero que no fueron acogidos por la misma con la desidia misma de responder la reclamación administrativa, un mínimo acto de responsabilidad y ejercicio recto del servicio público hubiese sido aprovisionarse de las incidencias procesales para fundamentar la defensa de la Entidad accionada en esta Jurisdicción Especializada. Esa labor mínima les hubiera bastado comprender que la infracción a la protección especial que les otorga la Constitución a las mujeres en estado de gravidez -durante el embarazo y luego del parto-, por demás vinculadas encubiertamente con contratos de prestación de servicios no amparados para esta clase de asuntos se originó, pero que efectivamente la actuación administrativa de la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL** fue un verdadero fiasco por permitir que:

La contratación era a todas luces encubierta de la relación laboral.

No se respondiera la reclamación administrativa presentada por la eventual accionante.

Que efectivamente si se comunicó al supervisor del contrato, el estado de embarazo de la hoy accionante.

En el capítulo correspondiente a Deberes y responsabilidades de las partes y sus apoderados, el Código de Procedimiento Civil (vigente al momento de contestarse la demanda) enseñaba en su Artículo 71 que son deberes de las partes y sus apoderados:

*"1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos.*

*2. Obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales."*

La conducta que se verifica es que cuando la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL** contestó la demanda, su apoderada negó lo evidente, lo palmario, la existencia de los motivos por los cuales el acto administrativo no podía sostenerse; ello, si se hubiera constatado el simple recuento jurisprudencial que sobre la desnaturalización del contrato de prestación de servicios se tiene dicho en nuestras Altas Cortes, unido a la prueba incontrastable que la situación de embarazo de la accionante fue oportunamente comunicada al Supervisor del contrato para reconocer con gallardía y responsabilidad que se estaba frente a un tema de profunda sensibilidad social, personal e institucional como es la protección especial que les otorga la Constitución a las mujeres en estado de gravidez -durante el embarazo y luego del parto-.

Por el contrario, tanto en la contestación de la demanda como en el alegato de conclusión, cuando el recaudo probatorio implicaba reconocer lo inconcuso, la apoderada siguió negando lo innegable, la tozudez de la actitud persistió; esa conducta no parece ser acorde con la lealtad que se debe tener con la administración de justicia, y por eso, cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, dice el Artículo 72 Ib., sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia.

Por esta razón, el Artículo 73 Ib., determina que al apoderado que actúe con temeridad o mala fe se le impondrá la condena de que trata el artículo anterior y la de pagar las costas del proceso. Dicha condena, dice la norma, será solidaria si el

poderdante también obró con temeridad o mala fe, pero de esto último no hay prueba.

El juez impondrá multa de diez a veinte salarios mínimos mensuales, en este caso, por la calidad de la interviniente apoderada de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, YIRA WENDY CARDONA RENTERÍA, quien contestó la demanda, alegó de conclusión y además impugnó el fallo de instancia con argumentos claramente contraevidentes (folios 41 a 43) y con citas decontextualizadas e impertinentes, por lo que deberá asumir una multa de veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Pero si además de ello, se hubiera verificado que, desde la recolección de la prueba era fácil captar que las prerrogativas que gozaba la accionante habían permitido las consecuencias del levantamiento del volo contractual, las persistentes alegaciones por la inocencia de la accionada, carecen de contrapartidas de las exigencias derivadas de la buena fe, por ello mal podría seguirse discutiendo en la jurisdicción un asunto por demás claro que no fue resuelto oportunamente por la administración; la investigación judicial no recogió ninguna probanza en procura de punto distinto de lo planteado en la demanda y sin embargo, quien alegó de conclusión y apeló el fallo de instancia persistió en la tónica de desconocer la prueba misma que dimana de la actuación administrativa de la propia accionada.

El esclarecimiento diferente de los hechos, hubiera llevado a un actuar prudente y respetuoso del derecho de defensa que, en el caso presente, resulta huérfano de rigor.

Esa negligencia de la parte demandada, es, hasta cierto punto, entendible, lo que no puede ser acicate para respaldar el proceder de la apoderada que, en desarrollo de su tarea mínima de preparación de la teoría del caso, le hubiera llevado a abstenerse de plantear situaciones tan claras como las surgidas de la inercia oficial administrativa, antes de plantear nuevamente ante el aparato jurisdiccional del Estado que la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional había actuado en derecho.

Ese desgaste institucional no puede pasar desapercibido.

El Artículo 73 del C. de P. C. permite derivar responsabilidad patrimonial de apoderados y poderdantes, lo cual, como ya se indicó no puede predicarse lógicamente de la apoderada de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional sino, y por lo expuesto en relación con la preparación jurídica de la teoría del caso propuesto a debate en esta jurisdicción, de quien se puede afirmar sin lugar a equívocos, que actuó con temeridad o mala fe y por ello se le impondrá la condena de las costas del proceso.

Se fija como agencias en derecho, y de conformidad con el Acuerdo No. 1887 de 2007(26 de junio) "Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho" de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura<sup>125</sup>, la suma de 20 S.M.L.M.V.

La versación en las lides del derecho tiene límites en su ejercicio litigioso; y como en el caso presente tales actuaciones ponderadas y reflexivas brillan por su ausencia, se le impondrá además, remitir copia de lo actuado a la autoridad de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Chocó, con el

<sup>125</sup>Artículo Sexto, Capítulo III - Contencioso Administrativo, 3.1. Asuntos, 3.1.3. Segunda instancia, Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

fin de que adelante la investigación disciplinaria, si a ello hubiere lugar, a la abogada YIRA WENDY CARDONA RENTERÍA por faltas a la ética profesional.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**MODIFÍCASE** la Sentencia No. 178 del 31 de agosto de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Quibdó, dentro del proceso promovido por RUBIELA GIRALDO OSORIO contra la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL, que declaró la nulidad del acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo, y accedió parcialmente a las demás súplicas de la demanda.

En su lugar,

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la declaratoria de existencia y subsiguiente nulidad del acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo, mediante el cual la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional de Colombia- le negó a la actora el reconocimiento y pago a título de indemnización de las prestaciones sociales por el tiempo que laboró en virtud de las ordenes de trabajo,

**DECLÁRESE** sin ninguna eficacia jurídica la terminación del contrato de prestación de servicios que la Nación - Ministerio de Defensa Nacional -Ejército Nacional de Colombia- pactó con la demandante; a título de Restablecimiento del derecho, **CONFÍRMASE** cada condena patrimonial impuesta por el Juez a quo, junto con los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el periodo determinado por el Juez a quo y la declaratoria de que el tiempo laborado por la señora RUBIELA GIRALDO OSORIO, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales.

} FP ✓

**SEGUNDO: Desele cumplimiento a esta sentencia en los términos señalados en los Artículos 176 y 177 del C.C.A.**

**TERCERO:** De la sentencia, expídase copia a quien representa judicialmente a la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 114 del C. G. del P.

\*

**CUARTO:** Como medida de Justicia restaurativa, se ordena que esta sentencia sea publicada en la página web de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional -Ejército Nacional de Colombia- a efecto de precaver a la cadena de mando, a los ordenadores del gasto de la institución, a los asesores jurídicos, a los interventores de esta clase de contratos de prestación, que existen derechos fundamentales dignos de protección desde la administración misma, y que en tratándose de mujeres, la protección es extrema por sí mismas y como dadoras de vida pues en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, debe reconocerse siempre la protección especial que les otorga la Constitución a las mujeres en estado de gravidez, a sus nasciturus - durante el embarazo y luego del parto.

**QUINTO:** Se condena en costas a la apoderada de la parte demandada, NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL, Doctora YIRA WENDY CARDONA RENTERÍA, a quien también se le impone una multa de veinte salarios mínimos mensuales legales vigentes a favor del Consejo Superior de la Judicatura y se compulsará copia de lo actuado para ante la Sala Jurisdiccional

Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Chocó, con el fin de que adelante la investigación disciplinaria, eventualmente y si a bien lo tiene, por faltas a la ética profesional, de acuerdo con los parámetros trazados en la parte motiva de esta sentencia. Por Secretaría, liquidarse con arreglo a lo dicho en la parte correspondiente y motiva.

En firme la presente decisión cancelése la radicación y devuélvanse las diligencias al juzgado de origen.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.**

La anterior decisión se discutió y aprobó en Sala extraordinaria No. 92 de la fecha.

  
**MIRTHA ABADÍA SERNA**  
Magistrada  
(Salvamento parcial de voto)

  
**JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA**  
Magistrado

  
**NORMA MORENO MOSQUERA**  
Magistrada



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO**

Quibdó, cuatro (4) de abril de dos mil dieciséis (2016)

**REFERENCIA:** 27001 23 31 002 2010 00773 01  
**ACCIÓN:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**ACCIONANTE:** RUBIELA GIRALDO OSORIO  
**ACCIONADO:** NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL -  
EJERCITO NACIONAL

**Salvamento Parcial de Voto**

**Magistrada: Dra. MIRTHA ABADIA SERNA**

Respetuosamente manifiesto a la Sala que me aparto parcialmente de la decisión adoptada por la mayoría dentro del expediente de la referencia que dispuso la modificación de la sentencia N° 178 del 31 de agosto de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión, todo ello en cumplimiento de orden de tutela del 16 de diciembre de 2015, por medio de la cual el H. Consejo de Estado dejó sin efectos la sentencia proferida en el asunto por la Corporación de fecha 11 de diciembre de 2014, ordenado a esta Corporación proferir nueva decisión limitando el nuevo pronunciamiento a los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto, según la competencia asignada a la segunda instancia en virtud de lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable al presente asunto.

En anterior oportunidad las razones que me llevaron a apartarme del criterio plasmado en la providencia referida y que hoy ratifico, habida cuenta que no han variado, no son otras que las que pasan a exponerse:

*Ab initio, debo precisar que si bien comparto la perspectiva de género desde la cual parte el estudio del caso concreto, considero que la misma no puede soslayar los deberes inherentes a la parte demandante de probar los hechos sobre los cuales soportó sus pretensiones, ni mucho menos que acudiendo a dicha figura se efectúen condenas ajenas al petitum introductorio.*

*En efecto, el artículo 53 de la Constitución Política consagra de manera expresa la protección a la maternidad, en tanto que tal condición de la mujer amerita especial atención y cuidado por parte del Estado. La finalidad de la norma se encuentra no sólo en la tutela a la madre sino también a la criatura que está por nacer.*

*Ahora, de acuerdo con el principio de protección a la maternidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política y el criterio jurisprudencial establecido por la H. Corte Constitucional, la demandante al momento del retiro del servicio estaba amparada por el fuero de maternidad, bien porque el nominador conocía el hecho, o bien*



70

**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO**

*porque la señora Giraldo Osorio, informó sobre su estado de embarazo previo al momento en que se le comunicó sobre la terminación de su contrato de prestación de servicios y su no renovación inmediata, ello aproximadamente un mes después del recibo de la comunicación.*

*En efecto, demostrada la existencia del estado de gravidez en que se encontraba la actora al momento del retiro y el conocimiento de la administración de tal hecho, por lo menos en forma simultánea, deba concluirse, como en efecto se concluye en la providencia, que en aplicación del principio constitucional y del criterio jurisprudencial establecido por la H. Corte Constitucional, el despido de la señora Rubiela Giraldo Osorio, se produjo como consecuencia de la maternidad y no por razones o fines del buen servicio público, y, en consecuencia, las pretensiones en el asunto evidentemente deben prosperar.*

*No obstante lo anterior, en este punto, vale anotar que la facultad consagrada en el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, que le permite al juez de manera oficiosa decretar las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos, no comporta la sustitución de las cargas que en materia probatoria le corresponden a las partes. Es importante evidenciar que, sin perjuicio de las obligaciones relacionadas con el restablecimiento de los derechos comprometidos en los procesos, en los términos del artículo 2 constitucional, lo cierto es que ello no comporta que los jueces asuman la adopción de medidas en orden a sustituir a las partes, en cuanto ello desequilibraría la litis.*

*Así las cosas, considero que las ordenes de restablecimiento efectuadas desbordan la congruencia de la sentencia en cuanto exceden los pedimentos efectuados en el libelo introductorio.*

*Ahora en lo que respecta a la condena de multa impuesta a la apoderada judicial de la entidad ejecutada, considero que la misma resulta inadecuada en tanto sus actuaciones estuvieron dentro del marco del mandato a ella efectuado, por lo que ejercer la defensa de la entidad demandada y señalar las razones de disenso con la providencia apelada y con las consideraciones expuestas en la demanda no pueden llanamente ser calificadas como temerarias.*

*Al respecto, observa la suscrita que la ejecutada limitó su actuación a la defensa de sus intereses, sin que se advierta una conducta temeraria o de mala fe, y que en la misma no se evidencia una conducta desprovista de lealtad hacia la contraparte y contra la propia administración de justicia.*

*Además, la función del Juez es por ello decidir el derecho y si ante los planteamientos de las partes puede realizarse dicho ejercicio dialectico, no estoy pues de acuerdo en el ejercicio del imperio del temor reverencial, que coartaría el derecho de defensa y el debido proceso de carácter constitucional y Derechos Humanos por demás.*

*En ese orden, considero que si bien están dados los supuestos para que la Corporación disponga sobre las ordenes de justicia restaurativa y que fueron*



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO**

ordenas en la sentencia, atendiendo los antecedentes del asunto y habla cuenta que nuestra superioridad via acción constitucional dejó sin efectos la providencia primigenia en la cual se consagro un acápite idéntico en ese sentido; tal situación debió señalarse como un óbiter, más no debió llevarse a la resolutive, tal y como se dejó sentado en dicho acápite (página 31 - 32 de la sentencia), atendiendo los límites de competencia de la segunda instancia y afectos de no ir en contravía de lo decidido por el Honorable Consejo de Estado via acción de tutela.

Fecha *ut supra*.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mirtha Abadia Serna', written in a cursive style.

**MIRTHA ABADIA SERNA**  
Magistrada