

**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN QUINTA**

**MAGISTRADA PONENTE: ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

**Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020)**

**Referencia:** ACCIÓN DE TUTELA  
**Radicación:** 11001-03-15-000-2020-00346-00  
**Demandante:** JAIRO RODRÍGUEZ GAITÁN  
**Demandados:** CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN SEGUNDA –  
SUBSECCIÓN B Y OTRO

**Temas:** Acción de tutela contra providencia judicial – defectos sustantivo, fáctico y de desconocimiento del precedente – contrato realidad<sup>1</sup>

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

---

**OBJETO DE LA DECISIÓN**

Procede la Sala a resolver, en primera instancia, la acción de tutela ejercida por el señor Jairo Rodríguez Gaitán contra el Consejo de Estado – Sección Segunda - Subsección B y el Tribunal Administrativo del Tolima.

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. Solicitud de amparo**

1. Con escrito radicado el 31 de enero de 2020<sup>2</sup>, en la Secretaría General de esta Corporación, el señor Jairo Rodríguez Gaitán, actuando a través de apoderado, ejerció acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Tolima y el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, con el fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al

---

<sup>1</sup> Al respecto ver Consejo de Estado – Sección Quinta sentencia del 16 de mayo de 2019, exp. 27001-23-33-000-2019-00005-01, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; sentencia del 12 de septiembre de 2019, exp. 11001-03-15-000-2019-03524-00, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; sentencia del 4 de abril de 2019, exp. 11001-03-15-000-2018-03868-01, M.P. Rocío Araújo Oñate; sentencia del 8 de noviembre de 2018, exp. 11001-03-15-000-2018-03555-00, M.P. Rocío Araújo Oñate; sentencia del 25 de octubre de 2018, exp. 11001-03-15-000-2018-02008-01, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; sentencia del 2 de agosto de 2018, exp. 11001-03-15-000-2017-03442-01, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; sentencia del 31 de mayo de 2018, exp. 11001-03-15-000-2018-00215-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro; sentencia del 1º de marzo de 2018, exp. 11001-03-15-000-2017-01698-01, M.P. Rocío Araújo Oñate; sentencia del 25 de agosto de 2016, exp. 11001-03-15-000-2016-01674-01, M.P. Rocío Araújo Oñate; sentencia del 4 de agosto de 2016, exp. 11001-03-15-000-2016-01360-01. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

<sup>2</sup> Folio 1 del expediente de tutela.

trabajo, al debido proceso, al mínimo vital y de acceso a la administración de justicia.

2. El accionante consideró vulneradas las referidas garantías constitucionales, con ocasión de las sentencias proferidas el 21 de febrero de 2014 y el 11 de julio de 2019, respectivamente, por el Tribunal Administrativo del Tolima y el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B; mediante las cuales se accedió parcialmente y posteriormente se negaron las pretensiones de la demanda que presentó el señor Jairo Rodríguez Gaitán en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación.

3. Con base en lo anterior, la parte actora solicitó el amparo de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, pidió:

“(…)

*2. Que como consecuencia de lo anterior se deje sin efecto el fallo proferido por el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, el pasado 11 de julio de 2019, notificado por estado el 02 de agosto de 2019, a través del cual dispuso REVOCAR el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 21 de febrero de 2014, que accedió parcialmente a las suplicas de la demanda.*

*3. Que como consecuencia de la primera pretensión se ordene al Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, profiera sentencia de reemplazo y en su lugar declare:*

(…)”<sup>3</sup>.

## **1.2. Hechos probados y/o admitidos**

La acción de tutela se fundamentó en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

4. El tutelante y el Consejo Directivo de la Escuela Urbana Mixta José María Carbonell de Ibagué suscribieron un contrato de comodato el primero de julio de 2000, con ocasión del cual se le entregó una vivienda escolar al tutelante, para que éste con su núcleo familiar “*residan en la mencionada vivienda en CONTRAPRESTACIÓN a su colaboración en la vigilancia y cuidado del establecimiento en horas y días no laborales*”.

5. El 8 de agosto de 2012, el accionante solicitó ante el Municipio de Ibagué el reconocimiento de una relación laboral de hecho, pero esta fue negada mediante el Oficio 17090 del 12 de diciembre de 2012.

6. Posteriormente, el señor Jairo Rodríguez Gaitán presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Municipio de Ibagué - Secretaría de Educación, con el fin de que se

---

<sup>3</sup> Folios 1 y 2 del expediente de tutela.

declarara la nulidad del Oficio 17090 del 12 de diciembre de 2012 y, a título de restablecimiento del derecho, se ordenara pagarle los salarios y todas las prestaciones sociales que se causaron entre el 20 de marzo de 1998 y hasta la fecha del ejercicio de la acción contencioso administrativa, debido a que continuaba residiendo en el colegio.

7. El proceso le correspondió conocerlo, en primera instancia, al Tribunal Administrativo del Tolima, autoridad judicial que a través de fallo del 14 de mayo de 2015 accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y, entre otras cosas, dispuso:

“(...)

SEGUNDO: DECLÁRESE probada la excepción de prescripción de los derechos salariales causados con anterioridad al 8 de agosto de 2009.

TERCERO: DECLÁRESE la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 7.1-17090 del 12 de diciembre de 2012, proferido por la Secretaría de Educación del Municipio de Ibagué, que negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales adeudadas al actor, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

(...)”

8. Inconformes con lo anterior, ambas partes apelaron y el recurso de alzada fue resuelto por el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B que, mediante sentencia del 11 de julio de 2019, revocó el fallo de primera instancia para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, al considerar lo siguiente:

*“Sin embargo, la Sala debe decir que de modo alguno se probó que existiera un empleo público de celador en la planta de dicho ente educativo, con funciones determinadas en la ley o reglamento y con un salario contemplado en el presupuesto de la entidad. Por ello, contrario a lo afirmado en la demanda, no se trató de un acuerdo con los elementos de una relación legal y reglamentaria, que pueda tenerse como un acto de nombramiento, sino que solo medió un contrato de comodato que posibilitó que el demandante llegara a habitar la Escuela Mixta José María Carbonell, de donde surgieron unas prestaciones mutuas por esa celebración contractual.*

(...)

*No obstante, dichas actividades no constituyen una función pública misional de la Institución Educativa, que otorguen el carácter de empleado público a quien las ejerza, sino que corresponden a labores de construcción y sostenimiento de obras públicas propias de los trabajadores oficiales, conforme lo previsto por el literal a) del artículo 3 del Decreto 1848 de 1996. De modo que aunque se hubiesen probado los elementos de subordinación horario y prestación personal del servicio, propios de la relación laboral, lo cierto es que materialmente se estaría frente a un contrato de trabajo, cuyo estudio no corresponde a esta jurisdicción, como lo prescribe el numeral 4 del artículo 105 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya que no conoce de los conflictos de carácter laboral surgidos entre entidades públicas y sus trabajadores oficiales.*

*Así las cosas, en contraposición a lo considerado por el Tribunal, esta Sala observa que el accionante no tenía la calidad de empleado público del Municipio de Ibagué, pues solo se demostró la entrega de un bien para su*

*residencia familiar, sin que mediara el pago de arriendo y servicios públicos y pese a que él actor se hubiera obligado a ciertas labores como contraprestación, éstas no configuran una relación legal y reglamentaria con la administración*<sup>4</sup>.

### **1.3. Fundamentos de la vulneración**

9. La parte actora aseguró que el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, al proferir la sentencia del 11 de julio de 2019, incurrió en los defectos sustantivo, fáctico, de desconocimiento del precedente, por las razones que se exponen a continuación.

- Defecto sustantivo

10. En relación con este defecto, sostuvo que se configuró debido a que el artículo 2200 del Código Civil establece que el contrato de comodato se perfecciona con la tradición y que las contraprestaciones del señor Jairo Rodríguez son diferentes a la mera conservación del inmueble, por lo que a través del referido acuerdo de voluntades no podía exigírsele el cumplimiento de labores propias de una relación laboral, verbigracia, vigilancia y mantenimiento del mobiliario.

11. Indicó que el contrato no se elevó a escritura pública y tampoco se registró en la oficina de instrumentos públicos, por lo que nunca existió el contrato de comodato.

12. Aseguró que las labores que desempeñó sí correspondían al objeto misional de la institución educativa, como quiera que las mismas están consagradas en el manual de funciones de la entidad y dentro de la planta de personal del municipio “*SI EXISTE EL EMPLEO DE CELADOR*”, el cual está consagrado en el Decreto 1.1-06017 del 28 de agosto de 2006 y se vincula a través de “*acto administrativo y acta de posesión*”.

- Defecto fáctico

13. Aseveró que se desconocieron las pruebas documentales obrantes en el expediente, en especial el “*certificado de salarios de celador*” donde se acreditó la existencia de dicho empleo dentro de la planta de personal del Municipio de Ibagué, por lo que a la autoridad judicial no le era dable indicar que las funciones desempeñadas por el actor eran propias de los trabajadores oficiales.

14. Aunado a lo anterior, aseguró que se valoraron de indebida forma los testimonios rendidos por los señores Sandra Jovanna Osorio, Mariana Castro, José Mario Martínez y Joaquín Gómez Betancourt, que coincidían en que el señor Jairo Rodríguez Gaitán trabajaba como celador, recibía órdenes de los docentes y su salario era en especie, al residir en la institución educativa.

---

<sup>4</sup> Folios 184 a 185 del cuaderno N° 1 del expediente original del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 73001-23-33-000-2013-00338-01.

- Desconocimiento del precedente

15. Señaló que se desconoció el precedente establecido en la sentencia del 2 de mayo de 2013 proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, radicado 73001-23-31-000-2010-00673-01, en la que a una persona en idénticas condiciones a las del señor Jairo Rodríguez Gaitán, se le reconoció la existencia de una relación laboral de hecho.

16. Igualmente, afirmó que la sentencia del 1º de marzo de 2018 proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, radicado 23001-23-33-000-2013-00117-01, en la que también se reconoció la existencia de una relación laboral.

17 Finalmente, puso de presente que era una persona de la tercera edad, no recibía ninguna renta y trabajó por 20 años sin que le fueran reconocidos sus derechos salariales y pensionales.

#### **1.4. Trámite de la acción de tutela**

18. La Magistrada Ponente de la presente decisión, mediante auto del 4 de febrero de 2020, admitió la demanda de tutela y dispuso su notificación a la parte actora, así como a los Magistrados del Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B y del Tribunal Administrativo del Tolima.

19. Igualmente, se ordenó vincular en calidad de tercero con interés de conformidad con el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 al Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación.

#### **1.5. Intervenciones**

20. Realizadas las notificaciones ordenadas, de conformidad con las constancias visibles a folios 34 a 39, se presentó únicamente la siguiente intervención:

##### **1.5.1. Tribunal Administrativo del Tolima<sup>5</sup>**

21. Con escrito enviado por correo electrónico el 11 de febrero de 2020 al buzón web de la Secretaría General del Consejo de Estado, indicó que la carga argumentativa de la demanda de tutela no estaba dirigida contra el fallo que el profirió sino únicamente contra la decisión de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

22. Por otra parte, sostuvo que existe una diferencia interpretativa entre los argumentos del accionante y la decisión de segunda instancia, razón por la cual lo que pretendía la acción de tutela era reabrir el debate jurídico resuelto por el juez natural de la causa.

23. En ese sentido, afirmó que no se acreditaba ninguna vulneración de los

---

<sup>5</sup> Folios 32 a 35 del expediente de tutela.

derechos fundamentales invocados, por lo que solicitó que se negara la petición de amparo constitucional.

**1.5.2. El Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B**, a pesar de haber sido notificado en debida forma, guardó silencio.

**1.5.3. El Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación**, a pesar de haber sido notificado en debida forma, guardó silencio.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 2.1. Competencia

24. Esta Sala es competente para conocer de la acción de tutela ejercida por el señor Jairo Rodríguez Gaitán en contra de la Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación, de conformidad con los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 2.2.3.1.1.3 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017 y el Acuerdo 80 de 12 de marzo de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

### 2.2. Problema jurídico

25. Corresponde a la Sala dar respuesta a los siguientes interrogantes:

- ¿Se superan en el caso concreto los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela contra providencia judicial?

26. De ser positiva la respuesta al interrogante anterior, la Sala analizará lo siguiente:

- ¿Vulneró la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado los derechos fundamentales a la dignidad humana, al trabajo, al debido proceso, al mínimo vital y de acceso a la administración de justicia del señor Jairo Rodríguez Gaitán, por presuntamente incurrir en los defectos sustantivo, fáctico y de desconocimiento del precedente, al proferir la sentencia del 11 de julio de 2019 y negar el reconocimiento de una relación laboral con el Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación?

27. Para resolver los interrogantes planteados, se analizarán los siguientes temas: **(i)** criterio de la Sección sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial **(ii)** de los requisitos de procedibilidad adjetiva en el *sub lite* y **(iii)** análisis del caso concreto.

### 2.3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial

28. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo del 31 de julio de 2012,<sup>6</sup> *unificó* la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente No. 2009-01328-01. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. M.P. María Elizabeth García González.

las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema.<sup>7</sup>

29. Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente, en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.<sup>8</sup>

30. Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los “*fijados hasta el momento jurisprudencialmente*”.

31. Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014<sup>9</sup>, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, adoptó los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590/2005, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales, como lo señala el artículo 86 Constitucional, y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

32. En ese orden de ideas, esta Sección de manera reiterada ha establecido como parámetros para realizar su estudio, que cumpla con los siguientes requisitos: *i)* que sea relevante constitucionalmente, *ii)* que no se trate de tutela contra tutela; *iii)* inmediatez; *iv)* subsidiariedad, es decir, agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado. De modo que, de no observarse el cumplimiento de uno de estos presupuestos, se declara la improcedencia del amparo solicitado, sin que se analice el fondo del asunto.

33. Por el contrario, cumplidos esos parámetros, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o negación del amparo impetrado, se requerirá: *i)* que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y *ii)* que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

34. Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

---

<sup>7</sup> El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

<sup>8</sup> Se dijo en la mencionada sentencia: “DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia”.

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de agosto de 2014, Expediente No. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Actor: Alpina Productos Alimenticios. M. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

## **2.4. Estudio sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva**

### **2.4.1. Relevancia constitucional<sup>10</sup>**

35. Para la Sala es necesario precisar que, este requisito se encuentra superado por cuanto en primer lugar, la parte actora cuestiona la razonabilidad de la providencia del 11 de julio de 2019 proferida por la Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación, como quiera que, a su juicio, (i) no se interpretaron las normas que regulan el contrato de comodato, (ii) se dejó de valorar el acervo probatorio allegado al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y (iii) se desconocieron precedentes de la Subsecciones A y B de esta Corporación respecto del reconocimiento de las relaciones laborales de hecho.

36. En segundo lugar, se observa que no se trata de un debate de orden exclusivamente legal, el cual basado en la tutela judicial efectiva no admite que el titular del derecho o el interesado legítimo quede en un estado de indefensión, pues en efecto, el accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, por cuanto una vez la autoridad judicial accionada revocó la sentencia de primera instancia para negar las pretensiones de la demanda, desconoció que existió una verdadera relación laboral con el Municipio de Ibagué.

37. En ese sentido, los argumentos que a juicio del tutelante eran irrazonables y contrarios al ordenamiento jurídico, concretamente la negativa de reconocerle la relación laboral de hecho con el Municipio de Ibagué, habrían transgredido el alcance y aplicación de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, lo que conllevó a que se omitiera el deber del juez ordinario de actuar tanto como juez de legalidad, de constitucionalidad y de convencionalidad en la causa ordinaria.

38. Así las cosas, es evidente la tensión alegada por la parte actora entre la razonabilidad de la decisión, que al no interpretar en debida forma las normas que regulan el comodato, no valorar el acervo probatorio y desconocer el precedente aplicable, vulnera sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al trabajo, al debido proceso, al mínimo vital y de acceso a la administración de justicia.

39. Luego, es de relevancia constitucional cuando subsiste violación o amenaza a los derechos fundamentales, después de haber agotado el procedimiento legal administrativo de policía o judicial establecido por la ley

---

<sup>10</sup> Ver al respecto: Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Rocío Araújo Oñate: sentencia del 27 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00004-00; sentencia del 20 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05258-00; sentencia del 20 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05291-00; sentencia del 13 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00137-00; sentencia del 13 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05354-00; sentencia del 6 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05153-00; sentencia del 30 de enero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05121-00; sentencia del 30 de enero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05167-00; sentencia del 23 de enero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-04664-00; sentencia del 23 de enero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-04833-00.

para su protección, como lo alega la parte actora en el caso objeto de estudio, lo que implica que el mecanismo constitucional no fue utilizado como una instancia adicional que busque reabrir el debate procesal.

40. Ello quiere significar que el asunto de la acción de tutela de la referencia tiene importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación, para su eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales y libertades públicas, concretamente la dignidad humana, el trabajo, el debido proceso, el mínimo vital y el acceso a la administración de justicia.

#### **2.4.2. Tutela contra tutela<sup>11</sup>**

41. La Sala observa frente al mencionado aspecto, que **no se trata de una tutela contra una decisión de la misma naturaleza**, pues la providencia cuestionada fue proferida en el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado No. 73001-23-33-000-2013-00338-01, que promovió el señor Jairo Rodríguez Gaitán contra el Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación.

#### **2.4.3. Inmediatez<sup>12</sup>**

42. En relación con el acatamiento del referido requisito, no se advierte ningún reproche, en vista de que la providencia del Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B fue proferida el 11 de julio de 2019<sup>13</sup> y la solicitud de amparo fue presentada el 31 de enero de 2019, es decir, dentro de un término que la Sala considera razonable para el ejercicio de la acción de tutela contra providencia judicial.

---

<sup>11</sup> En igual sentido, se encuentran las siguientes: Consejo de Estado, Sección Quinta: sentencia del 27 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00014-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; sentencia del 27 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00400-00, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra; sentencia del 20 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00092-00, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra; sentencia del 20 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00179-00, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; sentencia del 20 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00141-00, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra; sentencia del 20 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-04788-01, M.P. Rocío Araújo Oñate; sentencia del 13 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00137-00, M.P. Rocío Araújo Oñate; sentencia del 13 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-00037-00, M.P. Rocío Araújo Oñate; sentencia del 6 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05346-00, M.P. Rocío Araújo Oñate; sentencia del 6 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05202-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Rocío Araújo Oñate. Sentencia del 23 de enero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-04664-00; sentencia del 23 de enero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-04833-00; sentencia del 30 de enero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2019-05167-00; sentencia del 30 de enero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2019-05121-00; sentencia del 30 de enero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2019-03890-01; sentencia del 6 de febrero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2019-05153-00; del 6 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05346-00; sentencia del 13 de febrero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2019-04693-01; sentencia del 13 de febrero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2020-00137-00; y sentencia del 20 de febrero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2019-04788-01;

<sup>13</sup> La sentencia fue notificada por correo electrónico el 2 de agosto de 2019, quedando ejecutoriada el día 8 del mismo mes y año.

43. Lo anterior, a la luz de la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014, en la que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado adoptó los criterios fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005, para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que seis (6) meses es el término razonable para acudir y solicitar el amparo de los derechos fundamentales que se estimen vulnerados con ocasión de providencias judiciales.

#### **2.4.4. Subsidiariedad<sup>14</sup>**

44. En consideración a dicho requisito, por tratarse de una providencia que resolvió en segunda instancia el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, es evidente el agotamiento de los recursos ordinarios. Así mismo, tampoco procede el medio de impugnación extraordinario de revisión debido a que dentro de los motivos de inconformidad que expone el accionante, no se configuran las causales señaladas en el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011.

45. Igualmente no sería procedente, el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, por cuanto la providencia judicial demandada fue proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado y este medio de impugnación solo es procedente contra decisiones dictadas por los tribunales administrativos en única o segunda instancia.

#### **2.5. Caso concreto**

46. La parte actora, aseguró que la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, al proferir el fallo del 11 de julio de 2019, vulneró sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al trabajo, al debido proceso, al mínimo vital y de acceso a la administración de justicia, toda vez que incurrió en los defectos sustantivo, fáctico y de desconocimiento del precedente.

47. El Tribunal Administrativo del Tolima, sostuvo que la acción de tutela se estaba utilizando para reabrir el debate jurídico resuelto por el juez natural de la causa y que no se avizoraba la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante, razón por la cual solicitó que se negara la solicitud de amparo constitucional.

48. Por su parte, el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B y el Tribunal Administrativo del Tolima, a pesar de haber sido notificados en debida forma, guardaron silencio.

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Rocío Araújo Oñate: sentencia del 23 de enero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2019-04664-00; sentencia del 23 de enero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2019-04833-00; sentencia del 30 de enero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05121-00; sentencia del 30 de enero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2019-05121-00; sentencia del 30 de enero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2019-03890-01; del 6 de febrero de 2020, exp. 11001-03-15-000-2019-05025-00; sentencia del 6 de febrero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2019-05153-00; sentencia del 13 de febrero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2019-04693-01; sentencia del 13 de febrero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2020-00137-00; y sentencia del 20 de febrero de 2020, exp: 11001-03-15-000-2019-04788-01;

49. En ese sentido, por orden metodológico, la Sala estudiará de manera independiente cada uno de los cargos propuestos en la demanda de tutela, para establecer si la Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación vulneró los derechos fundamentales a la dignidad humana, al trabajo, al debido proceso, al mínimo vital y de acceso a la administración de justicia del señor Jairo Rodríguez Gaitán.

### **2.5.1. Defecto sustantivo**

#### **2.5.1.1. Generalidades del defecto sustantivo**

50. La Corte Constitucional<sup>15</sup>, ha explicado que el defecto sustantivo se presenta cuando *“la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”*<sup>16</sup>.

51. Puntualmente, lo configuran los siguientes supuestos:

- a) El fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, por impertinente<sup>17</sup> o porque ha sido derogada<sup>18</sup>, es inexistente<sup>19</sup>, inexecutable<sup>20</sup> o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislador<sup>21</sup>.
- b) No se hace una interpretación razonable de la norma<sup>22</sup>.
- c) La disposición aplicada es regresiva<sup>23</sup> o contraria a la Constitución<sup>24</sup>.
- d) El ordenamiento otorga un poder al juez y este lo utiliza para fines no previstos en la disposición<sup>25</sup>.

---

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-195 del 12 de marzo de 2012. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencias SU.159 del 6 de marzo de 2002. M.P. Manuel José Espinosa, T-043 del 27 de enero de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-295 del 31 de marzo de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-657 del 10 de agosto de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-686 del 31 de agosto de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-743 del 24 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-033 del 1º de febrero de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-792 del 1º de octubre 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio entre otras.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-189 del 3 de marzo de 2005. M.P. Manuel José cepeda Espinosa.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-205 del 4 de marzo de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-800 del 22 de septiembre de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería.

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-522 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>21</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>22</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-051 del 30 de enero de 2009. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-1101 del 28 de octubre de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-018 del 22 de enero de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>24</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-086 del 8 de febrero de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>25</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-231 del 13 de mayo de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- e) La decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma .
- f) Se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su actuación.

52. Procederá entonces el amparo constitucional cuando se acredite la existencia de un defecto sustantivo, en cualquiera de los supuestos que se han presentado anteriormente, siempre que la parte accionante cumpla con la carga argumentativa.

#### **2.5.1.1. Análisis del defecto**

53. La parte actora sostuvo, que se configuró debido a que el artículo 2200 del Código Civil establece que el contrato de comodato se perfecciona con la tradición y que las contraprestaciones del señor Jairo Rodríguez Gaitán son diferentes a la mera conservación del inmueble, por lo que a través del referido acuerdo de voluntades no podía exigírsele el cumplimiento de labores propias de una relación laboral, verbigracia, vigilancia y mantenimiento del mobiliario.

54. También indicó que el contrato no se elevó a escritura pública y tampoco se registró en la oficina de instrumentos públicos, por lo que nunca existió el contrato de comodato.

55. La Sala pone de presente que, la autoridad judicial no tenía que hacer un análisis e interpretación de las normas que rigen el contrato de comodato, como quiera que el objeto del litigio en el proceso era establecer la existencia “*de una relación legal y reglamentaria*” entre el señor Jairo Rodríguez Gaitán con la Secretaría de Educación de Ibagué, por presuntamente haber prestado sus servicios como “*celador*” en la Escuela Mixta José María Carbonell.

56. Al respecto, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 11 de julio de 2019, resolvió el siguiente problema jurídico:

*“Corresponde a la Sala establecer si en los términos de los recursos de apelación presentados por las partes actora y accionada, procede revocar la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.*

*Para el efecto se analizará si el señor Jairo Rodríguez Gaitán probó la existencia de una relación legal y reglamentaria con la Secretaria de Educación de Ibagué, por presuntamente haber prestado sus servicios en la Escuela Mixta José María Carbonell desde el 1998, como celador (...)*”

57. De lo expuesto, es claro que la controversia a resolver por parte de la autoridad judicial accionada no tenía relación alguna con la naturaleza del contrato de comodato, sino con una supuesta vinculación de hecho del señor Jairo Rodríguez Gaitán con el Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación por haber prestado sus servicios como celador.

58. En ese sentido, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, no incurrió en el defecto sustantivo señalado por el accionante pues, las normas que indica como desconocidas no tenían nada que ver con el objeto del litigio razón por la cual este cargo **no tiene vocación de prosperidad**.

## 2.5.2. Defecto fáctico

### 2.5.2.1. Generalidades del defecto fáctico

59. Esta Sala en decisión del 12 de noviembre del 2015<sup>26</sup>, precisó los alcances y requisitos que deben atenderse al momento de alegarse la ocurrencia de un defecto fáctico en una providencia judicial, los cuales son traídos a colación en la presente decisión:

60. Los eventos de configuración del defecto fáctico son: i) omisión de decretar o practicar pruebas indispensables para fallar el asunto; ii) desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes; iii) valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas; y iv) dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso, los cuales tienen las siguientes características:

Evento	Características
<b>Omisión de decreto y práctica de pruebas indispensables para fallar el asunto</b>	<p>Se da cuando la parte, con el fin de probar los hechos que alega, solicitó al juez el decreto de una prueba <b>relevante</b> para resolver el problema jurídico sometido a consideración, y ésta fue negada; ello sin desconocer la facultad del juez ordinario de negar pruebas que no atiendan los requisitos de conducencia, pertinencia e idoneidad. Así las cosas, es importante considerar que no toda negativa a un decreto de pruebas abre la posibilidad a la configuración del defecto, ya que éste procederá cuando se rechace el decreto y práctica de la prueba que, solicitada oportunamente, no cumpla con los parámetros arriba señalados.</p> <p>De esta manera, se requiere:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Que la parte identifique el elemento probatorio que solicitó</li> <li>b) Que la parte demuestre que lo solicitó en oportunidad legal</li> <li>c) Se expongan las razones por la cuales la prueba solicitada era conducente, pertinente o idónea.</li> <li>d) Señalar de manera razonada la razón por la cual, de haberse decretado la prueba, el sentido de la decisión hubiere sido otro.</li> </ul>
<b>Desconocimiento del acervo probatorio determinante</b>	<p>Se presenta cuando, <b>obrando los elementos de convicción en el expediente, y estos resultan decisivos frente a los hechos que se pretenden probar</b>, éstos no son tenidos en cuenta por el fallador</p>

<sup>26</sup> Consejo de Estado, sentencia del 12 de noviembre de 2015, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01.

<p><b>para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes</b></p>	<p>ordinario. En este punto, se requiere que <b>de forma específica</b>, se concrete en el escrito de amparo, cuales pruebas, aportadas oportuna y legalmente, fueron desconocidas por el juez.</p> <p>Así las cosas, se configura siempre que:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Se identifiquen los elementos de prueba no valorados por el juez.</li> <li>b) Se demuestre que éstos fueron aportados en forma legal y oportunamente al proceso</li> <li>c) Señale las razones por las cuales eran relevantes para la decisión</li> <li>d) Se precise, razonadamente, la incidencia de los mismos para variar el sentido del fallo.</li> </ul>
<p><b>Valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas</b></p>	<p>Procede cuando, a la luz de los postulados de la sana crítica, <b>la apreciación efectuada por el fallador, resulta manifiestamente equivocada o arbitraria, y por ello, el peso otorgado a la prueba se entiende alterado.</b></p> <p>Se requiere entonces que:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) La parte precise cual o cuales de las pruebas fueron objeto de indebida valoración por el juez</li> <li>b) La razón del por qué, en cada caso en particular, la consideración del operador judicial se aleja de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica.</li> </ul> <p>El segundo de los elementos señalados, resulta de vital importancia, pues es claro que un sencillo desacuerdo en relación con la conclusión a la cual arribó el juez de instancia, en ninguna manera puede ser razón para ordenar el amparo constitucional por este aspecto. Aceptar lo contrario, implicaría una <b>sustitución arbitraria del juez natural.</b></p> <p><b>c) Incidencia de la prueba en el fallo atacado</b></p>
<p><b>Dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso</b></p>	<p>Refiere al supuesto cuando el fallador de instancia decide el asunto con base en pruebas que no observaron los requisitos legales para su producción o introducción al proceso. Así las cosas, el juez no ignora la prueba ni se equivoca en su apreciación, pero yerra al haberla tenido en cuenta para decidir el problema jurídico que le fue planteado, al ser ésta una prueba que desconoce el debido proceso de las partes.</p> <p>Para su configuración corresponde señalar:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Señalar con claridad los elementos probatorios aportados con violación al artículo 29 constitucional.</li> <li>b) Exponer las razones que sustentan dicha vulneración.</li> <li>c) Demostrar que estos elementos de convicción fueron el sustento de la decisión.</li> </ul>

61. Como se ve en los elementos señalados, la parte accionante debe precisar en su escrito el cargo que plantea, para demostrar no solo la configuración del defecto, sino también, su incidencia en la decisión judicial.

62. Lo anterior se suma a la exigencia de una carga argumentativa razonable para lograr la prosperidad del cargo, toda vez que, en el caso de una tutela contra una providencia judicial, están en juego valores importantes para el ordenamiento jurídico, como lo son la cosa juzgada, los derechos de terceros, la seguridad, la buena fe y los derivados de los artículos 1º, 2º, 4º, 5º y 6º de la Constitución Política.

63. Así mismo, debe ser cuidadoso el interesado al formular el cargo, en la medida en que los supuestos de hecho hasta aquí mencionados, se excluyen entre sí, de tal manera que no será posible alegar uno y otro respecto de una misma prueba, como suele ocurrir, pues además de ser desacertado, genera confusión al fallador.

#### **2.5.1.2. Análisis del defecto**

64. El accionante aseveró que se configuró este defecto por dos situaciones concretas.

65. Por una parte, aseveró que se desconocieron las pruebas documentales obrantes en el expediente, en especial el “*certificado de salarios de celador*” donde se acreditó la existencia de dicho empleo dentro de la planta de personal del Municipio de Ibagué, por lo que a la autoridad judicial no le era dable indicar que las funciones desempeñadas por el actor eran propias de los trabajadores oficiales.

66. Por otra, aseguró que se valoraron de manera indebida los testimonios rendidos por Sandra Jovanna Osorio, Mariana Castro, José Mario Martínez y Joaquín Gómez Betancourt, que coincidían en que el señor Jairo Rodríguez Gaitán trabajaba como celador, recibía órdenes de los docentes y su salario era en especie, al residir en la institución educativa.

67. Respecto de los certificados de “*salarios de celador*”, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia del 11 de julio de 2018, señaló lo siguiente:

##### *“2.1 Hechos relevantes probados*

*(...)*

*- Oficio 0155 del 9 de mayo de 2013, firmado por el Director de Talento Humano de la Gobernación del Tolima, que responde un derecho de petición del 2 de mayo de 2013 informando el salario y prestaciones del cargo de celador de la Secretaría de Educación Departamental, de 1990 a 1996.*

*- Oficio SAC 2013RE6703 del 16 de abril de 2013, firmado por la Coordinadora Gestión Talento Humano de la Gobernación del Tolima, dirigido al apoderado del demandante, en el que informa los salarios y prestaciones el cargo de*

*celador de la Secretaría de Educación Departamental de 1997 a 2002.*

*- Oficio 00001024 del 29 de enero de 2013, donde la Alcaldía de Ibagué certifica los salarios y prestaciones del cargo de celador en dicho Municipio, de los años 2003 a 2012” (Negrita y subrayado fuera del texto).*

68. A folios 23, 24 y 25 del expediente original del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho obran los oficios N° 0155, SAC2013PQR14219 y 0001024 de 2013, a través de los cuales la Gobernación del Tolima y la Alcaldía de Ibagué indicaron el número de cargo y grado que tenía el empleo de celador, tanto en la Secretaría de Educación del departamento, como en la del municipio.

69. Es decir, lo que pretendía demostrar el accionante con las mentadas certificaciones era que el cargo de celador hacía parte de la planta de personal de la entidad demandada, Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación, y, en consecuencia, los servicios que prestó se adecuaban a ese empleo público.

70. Visto lo anterior, se advierte que la autoridad judicial accionada no valoró las certificaciones antes mencionadas que obran en el expediente pues, solo las relacionó en el *“acápite de hechos probados”* sin exponer las razones por las cuales consideraba que el servicio que prestó el señor Jairo Rodríguez Gaitán no era propio de un empleado público sino de un trabajador oficial y que, aquel empleo no existía para la entidad accionada.

71. Ahora bien, en relación con los testimonios rendidos por los señores Sandra Jovanna Osorio, Mariana Castro, José Mario Martínez y Joaquín Gómez Betancourt, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 11 de julio de 2019, los transcribió y sostuvo que los mismos coincidían en que *“el señor Jairo Rodríguez Gaitán vivía en la Escuela José María Carbonell, de la cual ellos eran vecinos, y que por dicha cercanía presenciaron que se encargaba del aseo del inmueble, cuidado del césped y los árboles, y de la seguridad de la escuela y de los estudiantes, como se lee a continuación:”*

72. No obstante, la autoridad judicial accionada no hizo ninguna acotación adicional en relación con las pruebas testimoniales referidas, lo cual resultaba relevante y necesario, debido a que lo que pretendía acreditar el actor con la referida prueba testimonial era precisamente la existencia de la prestación de un servicio de celaduría, ante la ausencia de un acto de nombramiento o acta de posesión, máxime cuando el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se dirigió a obtener la nulidad del acto administrativo mediante el cual se le negó al señor Jairo Rodríguez Gaitán el reconocimiento de una relación laboral con el Municipio de Ibagué - Secretaría de Educación pues, a su juicio, recibía órdenes del rector y de los profesores de la institución educativa, cumplía horario y prestaba personalmente el servicio de vigilancia, siendo estas circunstancias las que concretamente pretendía acreditar con la mencionada prueba.

73. Las anteriores precisiones inciden en el sentido de la decisión, como se

expondrá en el acápite del desconocimiento del precedente, toda vez que cuando se demuestren los elementos constitutivos de la relación laboral habrá lugar a que se declare lo que la doctrina ha denominado como “*funcionario de hecho*” pues, a la persona no se le puede atribuir la precariedad de la vinculación y la omisión de la administración para cumplir con los requisitos legales para formalizar a los empleados públicos.

74. Así las cosas, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado al proferir la sentencia del 11 de julio de 2019 sí incurrió en un defecto fáctico, razón por la cual vulneró el derecho fundamental al debido proceso del señor Jairo Rodríguez Gaitán y habrá que dejar sin efectos la referida decisión para que profiera una decisión de remplazo teniendo en cuenta las consideraciones expuestas anteriormente.

### **2.5.3. Desconocimiento del precedente**

#### **2.5.3.1. Generalidades del desconocimiento del precedente**

75. La Sala precisa que el precedente es aquella **regla creada por una Alta Corte** para solucionar un determinado conflicto jurídico, sin que sea necesario un número plural de decisiones en el mismo sentido para que aquella sea considerada como precedente. También se considera que constituyen precedente las sentencias de constitucionalidad y las de unificación, expedidas tanto por la Corte Constitucional, como por el Consejo de Estado.

76. Sin embargo, resulta necesario advertir que “...*debe aceptarse que no todas las decisiones judiciales que profieren las Altas Cortes, generan una regla o subregla, pues son el resultado de la aplicación al caso concreto de la norma que viene al caso, sin una actividad creadora del juez*”<sup>27</sup>

#### **2.5.3.2. Análisis del defecto**

77. Primero, señaló que se desconoció el precedente establecido en la sentencia del 2 de mayo de 2013 proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, radicado 73001-23-31-000-2010-00673-01, en la que a una persona en idénticas condiciones a las del señor Jairo Rodríguez Gaitán, se le reconoció la existencia de una relación laboral de hecho.

78. Segundo, afirmó que la sentencia del 1° de marzo de 2018 proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, radicado 23001-23-33-000-2013-00117-01, en la que también se reconoció la existencia de una relación laboral.

---

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 19 de febrero de 2015. M.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 11001-03-15-000-2013-02690-01.

79. En ese orden de ideas, el accionante cumplió con la carga argumentativa mínima para hacer el estudio de fondo del presunto desconocimiento de los dos precedentes invocados anteriormente, por esa razón procede la Sala a hacer el respectivo estudio.

- Sentencia del 2 de mayo de 2013 proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, radicado 73001-23-31-000-2010-00673-01

80. El señor Helman Darío Álvarez Hernández presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación con el fin de que se declarara la nulidad del Oficio 004396 de 26 de abril de 2010, por medio del cual se le negó el reconocimiento de una relación laboral de hecho, con ocasión a la prestación de servicios como Celador – Portero de la Institución Educativa Darío Echandía Olaya de la ciudad de Ibagué.

81. El proceso le correspondió en primera instancia al Tribunal Administrativo del Tolima, que mediante sentencia del 3 de febrero de 2012 accedió a las pretensiones de la demanda.

82. Inconforme con lo anterior, el Municipio de Ibagué apeló y el recurso de alzada fue resuelto por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, quien a través de sentencia del 2 de mayo de 2013 confirmó la decisión recurrida al considerar, entre otras cosas, lo siguiente:

*“Para efectos de decidir, se tiene lo siguiente:*

*Sobre la modalidad del vínculo, mediante el Oficio demandado (Folio 75) el Secretario de Educación Municipal de Ibagué le informó al señor HELMAN DARÍO ÁLVAREZ HERNÁNDEZ que no es ni ha sido empleado del Municipio.*

*(...)*

*Con base en la prueba documental y testimonial antes mencionada, la Sala llega a la convicción incontrovertible de que, HELMAN DARÍO ÁLVAREZ HERNÁNDEZ prestó sus servicios en la Institución Educativa Darío Echandía Olaya desempeñándose como Celador – Portero. La prueba testimonial es coincidente y uniforme en señalar que lleva allí más de 6 años, tal como se afirmó en la demanda, aspecto que el Municipio demandado, en ningún momento ha negado, pues en la contestación de la demanda, se limitó a responder que sólo se le dio **en comodato una habitación en las Instalaciones** de la INSTITUCIÓN EDUCATIVA DARÍO ECHANDÍA OLAYA, “pero sin pactarse contrato alguno”.*

*Apreciada en su conjunto la prueba documental y testimonial a que se viene haciendo referencia, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, ella conduce de manera inexorable a afirmar que HELMAN DARÍO ÁLVAREZ HERNÁNDEZ prestó sus servicios en la Institución Educativa Darío Echandía Olaya, se desempeñó como empleado público del Municipio de Ibagué (Tolima), como Celador-Portero de la Institución Educativa Darío Echandía por 6 años, sin que mediaran para el efecto, algunos elementos formales que configuran la relación legal y reglamentaria, propia de estos servidores, como*

*lo son el acto de nombramiento y posesión. La retribución que recibió por sus servicios, fue la habitación.*

*Estas circunstancias, lo ubican en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado “funcionario de hecho”, en virtud de que no se reúnen a cabalidad las condiciones que demanda la investidura del funcionario público.*

*No obstante tales irregularidades, es innegable que el actor prestó sus servicios y ellos deben ser retribuidos, pues no resultaría equitativo trasladarle las precariedades que presenta la relación laboral al servidor, las cuales son consecuencia de la actitud omisiva de la Administración, al haber mantenido esa situación durante varios años, sin expedir el acto de nombramiento y la posesión.*

*La omisión en que incurrió el Municipio, al haberlo vinculado como Celador de la Institución Educativa, sin que mediara un acto de nombramiento y la posesión y al fijarle sus emolumentos como lo ordena la ley, no puede prevalecer sobre derechos irrenunciables del servidor.*

*(...)*

*Ante la evidencia de la prestación de los servicios personales, no podrían primar las omisiones en que incurrió el Municipio demandado, al no haberlo vinculado regularmente, expidiendo el acto de nombramiento y posesionándolo, con el único fin de negar al servidor los derechos laborales que contempla la ley.*

*(...)*”

83. De lo expuesto *ut supra*, se extrae que la regla establecida en la decisión citada consiste en que al demostrarse la prestación del servicio, así no se cumplan las condiciones que demanda la investidura de un servidor público, ha de entenderse que es un “funcionario de hecho” y no puede trasladársele la responsabilidad de la entidad por la omisión de no haber cumplido con las condiciones legales de la vinculación pues, debe ser retribuido el trabajo que desarrolló la persona por los años que estuvo ejecutando los deberes misionales de la administración.

84. Ahora bien, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado al resolver la situación del señor Jairo Rodríguez Gaitán, consideró lo siguiente:

*“En el caso bajo estudio, el demandante alega la existencia de una relación legal y reglamentaria con la Secretaría de Educación Municipal de Ibagué, oculta por un contrato de comodato, en virtud del cual se desempeñó como celador de la Escuela Mixta José María Carbonell de Ibagué, desde el 20 de marzo de 1998, encontrándose en dichas labores para la fecha de presentación de la demanda, el 17 de junio de 2013.*

*Sin embargo, la Sala debe decir que **de modo alguno se probó que existiera un empleo público de celador en la planta de dicho ente educativo**, con funciones determinadas en la ley o reglamento y con un salario contemplado en el presupuesto de la entidad. Por ello, contrario a lo afirmado en la demanda, **no se trató de un acuerdo con los elementos de una relación legal y reglamentaria, que pueda tenerse como un acto de nombramiento**, sino que solo medió un contrato de*

*comodato que posibilitó que el demandante llegara a habitar la Escuela Mixta José María Carbonell, de donde surgieron unas prestaciones mutuas por esa relación contractual.*

*Para la Sala la situación de hecho probada se trató de un acuerdo de voluntades, donde se pactó que el señor Jairo Rodríguez Gaitán residiría en la Escuela José María Carbonell, y que como contraprestación éste debía mantener en buen estado el bien, hacer las reparaciones locativas por mal manejo y prestar el servicio de vigilancia en horas y días no laborales.*

*No obstante, **dichas actividades no constituyen una función pública misional** de la Institución Educativa, que otorguen el carácter de empleado público a quien las ejerza, sino que corresponden a labores de construcción y sostenimiento de obras públicas propias de los trabajadores oficiales, conforme lo previsto por el literal a) del artículo 3 del Decreto 1848 de 1969. De modo **que aunque se hubiesen probado los elementos de subordinación, horario y prestación personal del servicio**, propios de la relación laboral, lo cierto es que materialmente se estaría frente a un contrato de trabajo, cuyo estudio no corresponde a esta jurisdicción, como lo prescribe el numeral 4 del artículo 105 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya que no conoce de los conflictos de carácter laboral surgidos entre entidades públicas y sus trabajadores oficiales.*

*Así las cosas, en contraposición a lo considerado por el Tribunal, esta Sala observa que **el accionante no tenía la calidad de empleado público** del Municipio de Ibagué, pues solo se demostró la entrega de un bien para su residencia familiar, sin que mediara el pago de arriendo y servicios públicos, y pese a que él actor se hubiera obligado a ciertas labores como contraprestación, éstas no configuran una relación legal y reglamentaria con la administración” (Negrita y subrayado fuera del texto).*

85. De la transcripción de la providencia demandada, resulta claro que la regla de decisión contenida en la sentencia del 2 de mayo de 2013 es plenamente aplicable a la situación del señor Jairo Rodríguez Gaitán, como quiera que ambos casos comparten identidad en los supuestos fácticos.

86. En efecto, las certificaciones que allegó el tutelante al expediente pretendían demostrar que los servicios que prestó a la administración eran los mismos que los del empleo público denominado “*celador*”, cargo 477, grado 01 y, en ese sentido, no era dable afirmar que el mismo no existía en la planta de personal de la entidad demandada, Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación.

87. Los testimonios solicitados por el accionante y practicados en el proceso, se dirigían a demostrar que el señor Jairo Rodríguez Gaitán recibía órdenes del rector y de los profesores de la institución educativa, cumplía horario y prestaba personalmente el servicio de vigilancia, que constituyen los elementos propios de una relación laboral.

88. Por lo que, al verificarse que el accionante efectivamente trabajó para la administración prestando sus servicios de vigilancia, debió aplicarse la regla establecida en la sentencia del 2 de mayo de 2013 consistente en que al demostrarse la prestación del servicio, así no se cumplieran las condiciones que demanda la investidura de un servidor público, debía entenderse que es un *“funcionario de hecho”* y no podía trasladársele la responsabilidad de la entidad por la omisión de no haber cumplido con las condiciones legales de la vinculación.

85. En ese orden de ideas, este cargo sí prospera y habrá de concederse el amparo al derecho fundamental al debido proceso del señor Jairo Rodríguez Gaitán.

- Sentencia del 1° de marzo de 2018 proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, radicado 23001-23-33-000-2013-00117-01

84. La señora Zuly Fátima Núñez Pacheco presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Instituto Departamental de Deportes Córdoba (Indeportes Córdoba) con el fin de que se declarara la nulidad del oficio PE-314 de 30 de agosto de 2012, a través del cual se le negó el reconocimiento de una relación laboral producto de la suscripción de varios contratos de prestación de servicios.

85. El proceso le correspondió en primera instancia al Tribunal Administrativo de Córdoba, que mediante sentencia del 26 de junio de 2014 accedió a las pretensiones de la demanda.

86. Inconforme con lo anterior, el Instituto Departamental de Deportes Córdoba apeló y el recurso de alzada fue resuelto por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, quien a través de sentencia del 1° de marzo de 2018 confirmó la parcialmente la decisión recurrida al considerar, entre otras cosas, lo siguiente:

*“En este orden de ideas, se deduce entonces que las actividades desarrolladas por la demandante revisten las características propias de un empleo de carácter permanente, pues se desempeñó más de 6 años como secretaria del director del Indeportes Córdoba y cumplió labores primordiales para el funcionamiento de la entidad.*

*Si bien es cierto que según los documentos allegados, existieron algunas interrupciones, también lo es que las demás pruebas conducen al hecho de que la demandante prestó sus servicios al Indeportes Córdoba desde el 1° de junio de 2005 hasta el 12 de febrero 2012, como secretaria del director, lo cual demuestra su atadura con la entidad, que persistió pese a las diferentes modalidades de contratación utilizadas por la administración (contratos de prestación de servicios y*

*órdenes de trabajo).*

(...)

*Así las cosas, al presente asunto le es aplicable el principio de «la primacía de la realidad sobre formalidades», pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de otros empleados públicos de la planta de personal de la entidad, en tanto desempeñaba personalmente la labor en un cargo que revestía las características de permanente y necesario para el funcionamiento de aquella, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia..*

*La jurisprudencia de esta sección ha sostenido que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones, porque de lo contrario se afectan los derechos del trabajador”.*

87. De lo que se cita, se extrae que la regla consiste en que cuando una persona suscribe un contrato de prestación de servicios con el fin de cumplir con el objeto misional de la entidad y cumple con las mismas funciones de un cargo que reviste características de permanencia y necesidad para la administración, hay lugar a declarar que existió una relación laboral.

88. El precedente expuesto, no es aplicable al señor Jairo Rodríguez Gaitán debido a que en su caso no se suscribieron contratos de prestación de servicios de alguna índole y en ese sentido la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado no desconoció la regla de decisión establecida en la sentencia del 1° de marzo de 2018.

89. Por las razones que anteceden, la Sala advierte que si bien los defectos sustantivo y fáctico no prosperaron, lo cierto es que el de desconocimiento del precedente si se configuró y habrá de revocarse la sentencia proferida el 11 de julio de 2019 por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado para que profiera una decisión de remplazo en la que tenga en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia.

## **2.6. Conclusión**

90. La Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, al proferir la sentencia del 24 de octubre de 2019, no incurrió en el defecto sustantivo pero sí en el fáctico y en el de desconocimiento del precedente, razón por la cual vulneró el derecho fundamental al debido proceso del accionante y deberá proferir una decisión de remplazo teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **III. FALLA**

**PRIMERO: AMPARAR** el derecho fundamental al debido proceso del señor Jairo Rodríguez Gaitán, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia proferida el 11 de julio de 2019 por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado y, en consecuencia, **ORDENAR** que dentro de los diez (10) siguientes a la notificación de esta providencia dicte una decisión de remplazo teniendo en cuenta, lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**TERCERO: NOTIFICAR** a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

**CUARTO:** Si no fuere impugnada, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el presente asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA**  
Presidente

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
Magistrada

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Magistrada

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Magistrado  
En comisión