

Bogotá, D.C.

Honorables Magistrados y Magistradas

SALA DE CASACIÓN PENAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

(Reparto)

E. S. D.

1

Referencia: Acción de tutela del ICBF contra la **Sala de Descongestión N.º 2 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia**, como autora de la **sentencia SL2736-2021, Radicación N.º 87561, proferida el 21 de junio de 2021**.

Respetados señores magistrados:

Lizzet Katherine Castellanos, mayor de edad, con domicilio en Bogotá, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.204.018, portadora de la tarjeta profesional T.P 276.584, obrando como apoderada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF), en los términos del poder otorgado por el **Dr. Edgar Leonardo Bojacá Castro**, Jefe de la Oficina Asesora del ICBF, de manera respetuosa, con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1983 de 2017, me permite interponer acción de tutela contra la **Sala de Descongestión N.º 2 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia**, como autora de la **sentencia SL2736-2021, Radicación N.º 87561, proferida el 21 de junio de 2021**, y con fundamento en los siguientes acápite:

1. SINTESIS DE LA ACCION DE TUTELA

El ICBF presenta acción de tutela contra la **Sala de Descongestión N.º 2 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia**, como autora de la **sentencia SL2736-2021, Radicación N.º 87561, proferida el 21 de junio de 2021**, en la que resolvió declarar al ICBF solidariamente responsable del pago de acreencias laborales a que fue condenada la Fundación Por Un Mundo Nuevo para la Protección de los Niños, las Niñas, los Jóvenes, las Jóvenes, la Mujer y la Familia, respecto del señor Mario Enrique Bernal Barragán. Con la expedición de esta providencia, la citada autoridad judicial, violó los derechos fundamentales al **debido proceso** (artículo 29 C.P) y a la **igualdad** (artículo 13 C.P.) del ICBF, por cuanto incurrió en los siguientes defectos:

1.- Defecto sustantivo. En primer lugar, la Sala de Descongestión N.º 2 inaplicó los artículos 21, numeral 9 de la Ley 7 de 1979 y los artículos 123, 127 y 128 del Decreto Ley 2388 de 1979, frente al carácter administrativo y atípico del contrato de aportes que celebra el ICBF. En virtud de estas normas, el referido contrato se encuentra sometido al derecho público, por lo cual, no le son aplicables las disposiciones del derecho individual del trabajo y, por ello, no se predica la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 34 del CST.

En segundo lugar, la Sala accionada desconoció el precedente del 10 de octubre de 2018, sentencia de casación SL4430-2018, rad. N.º 54744, proferida por la Sala Laboral de la Corte

Suprema de Justicia¹, en el cual se exoneró al ICBF de la responsabilidad solidaria frente a la celebración de un contrato de aportes, dado el carácter administrativo y atípico de dicho contrato. Este precedente resultaba aplicable en el presente proceso contra el ICBF por presentar similitudes fácticas y jurídicas.

Adicionalmente, esta acción de tutela plantea un debate iusfundamental respecto de la vinculatoriedad del precedente judicial, específicamente del que proviene del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, lo cual se encuentra íntimamente ligado con el derecho fundamental a la igualdad de trato por parte de las autoridades (artículo 13 C.P.), así como con la garantía de los principios de igualdad y seguridad jurídica, y con la coherencia en la interpretación y aplicación del derecho.

Relacionado con lo anterior, conviene resaltar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tutelado en varias oportunidades² el derecho al debido proceso del ICBF frente a providencias judiciales en las que también se ha desconocido el precedente fijado por la Alta Corporación en la sentencia de casación SL4430-2018, rad. N.º 54744, proferida el 10 de octubre de 2018 por su Sala de Casación Laboral, en relación con la ausencia de responsabilidad solidaria del ICBF respecto de la celebración de contratos de aportes. Igualmente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha negado el amparo de los accionantes que pretendían dejar sin efecto las providencias del proceso ordinario laboral en el que se absolvió al ICBF y que se dictara otra providencia que lo declarara como solidario, reafirmando así que la providencia SL4430-2018, rad. N.º 54744, proferida el 10 de octubre de 2018, es la jurisprudencia vinculante y aplicable³. En este sentido, estos fallos de tutela reafirman la fuerza vinculante del precedente citado y también resultan relevantes para el presente caso, por tratarse de precedentes constitucionales con similitudes fácticas y jurídicas.

2.- Defecto orgánico. Relacionado con el anterior defecto, por cuanto la Sala de Descongestión N.º 2 no tiene la competencia para apartarse, desconocer o modificar la jurisprudencia de la Sala permanente de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un parágrafo al art. 16 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, norma declarada exequible por la sentencia C-154 de 2016 de la Corte Constitucional.

Por otro lado, el Instituto advierte que la decisión proferida por la autoridad accionada puede constituirse en un precedente problemáticos que implique a futuro condenas solidarias en contra del Instituto y, de esta forma, generar un impacto presupuestal a la Entidad que afecte el desarrollo de su objeto misional de protección a la primera infancia, la niñez y la adolescencia en forma integral.

En este sentido, el ICBF solicita al juez de tutela que (i) proteja el derecho invocado y, consecuente con ello, deje sin efectos la sentencia SL2736-2021, Radicación N.º 87561, proferida el 21 de junio de 2021 por la Sala de Descongestión N.º 2 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se condenó solidariamente al ICBF al

¹ Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, radicación No. 54744. SL4430-2018. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

² Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencias del 18 de noviembre de 2019, STL 16160-2019. Radicación No. 57852. M.P. Fernando Castillo Cadena y del 16 de diciembre de 2020, STL 6804-2020. Radicación No. 91305. M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez.

³ Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de mayo de 2021, STP 5592-2021. Radicación No. 116151. M.P. Gerson Chaverra Castro.

pago de acreencias laborales, y (ii) en consecuencia, se ordene que la autoridad judicial accionada profiera una nueva decisión conforme a la jurisprudencia fijada por la Sala permanente de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de casación del 10 de octubre de 2018, SL4430-2018, rad. N.º 54744, en la cual se exoneró al ICBF de la responsabilidad solidaria frente a la celebración de un contrato de aportes, dado el carácter administrativo y atípico de dicho contrato.

3

2. ANTECEDENTES

1- El señor Mario Enrique Bernal Barragán celebró contratos de prestación de servicios con la Fundación Por Un Mundo Nuevo para la Protección de los Niños, las Niñas, los Jóvenes, las Jóvenes, la Mujer y la Familia (en adelante La Fundación), desde el 7 de abril de 2008 hasta el 15 de marzo de 2013.

2- El señor Mario Enrique Bernal Barragán presentó demanda ordinaria laboral contra La Fundación y solidariamente contra el ICBF, para que se declarara: que existió con la primera una relación laboral entre el 7 de abril de 2008 y el 15 de marzo de 2013; y que el ICBF era solidariamente responsable por haberse beneficiado de su trabajo, a través de la fundación en su calidad de contratista, por el valor de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que se le adeudaban, de conformidad con el artículo 34 del CST.

3- La demanda presentada correspondió al Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual decidió en sentencia de primera instancia del 27 de junio de 2017, absolver a la demandada e impuso costas.

4- Inconforme con la anterior decisión, el demandante interpuso recurso de apelación ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, corporación que, en sentencia del 21 de mayo de 2019, consideró que existía una relación laboral entre el demandante y La Fundación, y resolvió así:

"PRIMERO, revocar la decisión de primera instancia, por las razones expuestas.

SEGUNDO, condenar a la fundación para la protección de los niños a reconocer y pagar la suma de \$3.668.433 por conceptos de cesantías; la suma de \$123.072 por intereses a las cesantías; la suma de \$1.500.750 por prima de servicios, la suma de \$891.466 por concepto de vacaciones; la suma de \$36.000.000 por sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST por los primeros 24 meses, y a partir del mes 25 intereses moratorios hasta que se verifique el pago, y la devolución de las sumas de \$3.573.179.04 y \$2.531.00.82 por concepto de aportes a pensión y salud correspondientes al porcentaje que debe pagar el empleador.

TERCERO, se condena en costas a la parte demandada y a favor del demandante por la suma de \$300.000, las de primera instancia se revocan".

5- El demandante solicitó adición de la anterior sentencia, "por cuanto se omitió pronunciarse sobre la declaración de la SOLIDARIDA(sic)" del ICBF, que era una de sus pretensiones en la demanda.

6- La Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, mediante providencia del 4 de junio de 2019, resolvió *"DENEGAR la solicitud de adición de la sentencia de segunda instancia proferida por esta Corporación el 21 de mayo de 2019"*. Esta decisión se fundamentó, en síntesis, en que de conformidad con el artículo 66A del Código Procesal del

Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Principio de Consonancia señala que: "...La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación", por lo tanto, precisó que "en el recurso de apelación el recurrente no alegó la declaratoria de solidaridad del ICBF como beneficiaria de la prestación del servicio, toda vez que los puntos de apelación fueron: (...) así las cosas, la sentencia de segunda instancia guardó consonancia con la materia objeto del recurso de apelación".

4

7- El demandante interpuso recurso de casación, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, en el que solicitó casar "la sentencia emanada del Tribunal (...) con el fin de que se pronuncie sobre la solidaridad de la demandada (...) ICBF, para que solidariamente (sic) sea condenada a pagar cesantía, intereses a la cesantía, vacaciones, primas de servicios, sanción moratoria, terminación injusta del contrato en los términos indicados en el fallo de segunda instancia". Con tal propósito, formuló un cargo, por la causal primera de casación, señalando que la sentencia es violatoria de la ley sustancial "concretamente por violación directa de [...] los artículos 4°, 29, 30, 53, 228, 230 de la CP; 13, 14, 21, 34 numeral 1° del CST y 287 del [CPTSS] al aplicar indebidamente el artículo 66 A" del mismo estatuto.

8- La Sala de Descongestión N.º 2 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL2736-2021, Radicación N.º 87561, proferida el 21 de junio de 2021, casó la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 21 de mayo de 2019, "únicamente en cuanto no examinó y tampoco declaró la solidaridad respecto a las condenas solicitadas. No se casa en lo demás". En sede de instancia, revocó la referida providencia y, en su lugar, resolvió: "DECLARAR que el ICBF es solidariamente responsable, en relación con lo causado por los conceptos señalados en las sumas impuestas, durante los períodos en que los contratos N.º 1439/2008, 1563/2010, 1467/2011 y 184/2012, que suscribió con la Fundación accionada estuvieron vigentes".

9- Es necesario resaltar que, en el desarrollo del proceso, el ICBF expuso argumentos de defensa desvirtuando la existencia de responsabilidad solidaria e igualmente se opuso al recurso de casación interpuesto por el demandante.

3. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La Sala de Descongestión N.º 2 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante la referida sentencia SL2736-2021, Radicación N.º 87561, expedida el 21 de junio de 2021, casó la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y declaró al ICBF como solidariamente responsable del pago de acreencias laborales a que fue condenada La Fundación, respecto del señor Mario Enrique Bernal Barragán. Esta providencia se sustentó, en síntesis, en las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la Sala de Descongestión N.º 2 reconoció que el recurso extraordinario interpuesto presenta varias decisiones formales, pero afirma que la Sala puede superarlas, "en tanto alcanza comprender que la finalidad del recurso no ordinario, es el quiebre parcial del proveído acusado, en cuanto no hizo alusión a la solidaridad pretendida, para que, en sede de instancia, la Sala revoque la absolución proferida por el primer Juez, con el fin de que se pronuncie sobre ese pedimento, para que el ICBF mancomunadamente responda por las condenas que le fueron impuestas a la fundación Accionada". Más adelante precisa que analizará si el Tribunal incurrió en la trasgresión denunciada, al guardar silencio sobre dicha pretensión, por considerar que, en el recurso de apelación, el recurrente no la alegó.

Expone que, con la absolución total impartida por el juez de primera instancia, le era permitido al Tribunal, en caso de declarar la existencia del contrato laboral, adentrarse en el estudio de la solidaridad que también reclamó la demanda inicial, sin que resultara imprescindible su relación explícita al sustentar la apelación, indica que esto se sostuvo en las sentencias CSJ SL1847-2014, CSJ SL3963-2018 y CSJ SL500-2018. Así, señala que el cargo prospera.

En seguida, para proferir la sentencia de reemplazo como sede de instancia, precisó que examinará como puntos de la apelación sobre los que no ha habido pronunciamiento: i) el tiempo extra laborado por el período de la relación laboral; ii) la indemnización por despido injusto y, iii) la declaratoria de solidaridad del ICBF como beneficiario del servicio prestado.

En cuanto a los dos primeros, afirma que el material probatorio allegado no permite comprobar el trabajo que se realizó más allá de la jornada ordinaria. Y agrega en cuanto al segundo que tampoco se encuentra acreditado que fue despedido, por lo que no es viable acceder a la indemnización pretendida.

En cuanto al tercer asunto, señala que, según se puntuó en la sentencia **CSJ SL3718-2020** sobre el artículo 34 del CST, “*la solidaridad en las obligaciones laborales que la ley le impone a terceros frente al contrato de trabajo que las origina tiene como fin brindar más garantías para su pago*”. En seguida afirma que, según lo reiterado por la jurisprudencia de la Sala en las providencias **CSJ SL, 17 jun. 2008, rad. 30997; CSJ SL, 1º mar. 2010, rad. 35864; CSJ SL12234-2014; CSJ SL17343-2015 y la CSJ SL601-2018**, existe solidaridad entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente respecto de las obligaciones laborales de los trabajadores de éste, siempre que las actividades contratadas por el dueño de la obra o por quien se beneficia de ella, tengan una relación directa con las que derivan del giro ordinario de sus negocios, esto es, que no sea extrañas o ajenas a su actividad.

Añade que no solo es viable acudir al parangón entre los objetos sociales, sino también a las condiciones del desarrollo de la labor del servidor, en relación con el objeto social de la contratante, conforme a las providencias **CSJ SL, 2 jun. 2009, rad. 33082**, reiterada en el **CSJ SL14692-2017**. Así, afirma que para que opere la solidaridad se requiere únicamente que exista relación, conexidad o complementariedad entre las actividades propias y ordinarias del empresario dueño de la obra o beneficiario del servicio y las ejecutadas por el contratista y sus trabajadores, según lo expresado en las sentencias **CSJ SL, 10 mar. 2009, rad. 27623, reiterada en CSJ SL, 25 ag. 2012, rad. 39048; CSJ SL485-2013 y CSJ SL695-2013**.

En ese sentido, señala que, al explorar el contenido de las relaciones jurídicas existentes entre la fundación accionada y el ICBF, se observa que sus objetos sociales guardan similitud y, respecto a la tarea ejecutada, se constata que se inscribe dentro del de la contratante, estado de cosas en el que la empleadora vinculó al reclamante como coordinador, en desarrollo de los contratos que suscribió con el ICBF. Así, estima que los elementos de la solidaridad del artículo 34 del CST se encuentran reunidos.

Concluye que tanto la accionada como empleadora, como la convocada al juicio vía de la solidaridad del artículo 34 del CST, son responsables del pago de las condenas impuestas a favor del accionante. No obstante, aclara que como solo se allegaron pruebas de los contratos N.º 1439 de 2008; 1563 de 2010; 1467 de 2011 y 184 de 2012, el ICBF solo deberá responder solidariamente por los derechos causados a favor del trabajador, en cuanto a esos vínculos. Por último, respecto del llamamiento en garantía de la Aseguradora Solidaria de

Colombia, indica que esta deberá responder por la condena que se determinó en este proceso en contra del ICBF, hasta el límite del valor asegurado.

4. PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES

La Corte Constitucional, con fundamento en los artículos 2.º y 86 Superiores, el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha pronunciado en varias oportunidades en relación con la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Desde la sentencia C-590 de 2005 acogió los conceptos de causales generales y específicas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales.

La Corte ha precisado que la tutela contra una providencia judicial procede siempre y cuando se acrediten (1) todos los requisitos generales y (2) al menos una de las causales específicas de procedibilidad (defectos)⁴.

En cuanto a las causales genéricas de procedibilidad, estas son: (i) relevancia constitucional de la cuestión debatida; (ii) agotamiento razonable de los medios de defensa judicial antes de acudir a la tutela; (iii) cumplimiento del requisito de inmediatez; (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal esta tenga incidencia directa en la decisión; (v) identificación de los hechos relevantes y de los derechos vulnerados; y (vi) que no se trate de tutela contra tutela.

De igual forma, la Corte sistematizó como causales específicas de procedibilidad las siguientes: (i) defecto orgánico, (ii) defecto sustantivo, (iii) defecto procedural, (iv) defecto fáctico, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente y (viii) violación directa a la Constitución. Así, bajo este nuevo planteamiento se deja a un lado la idea de que la acción constitucional contra providencia judicial solo es procedente cuando hay una vulneración “burda” de la Constitución, para considerar que la misma es viable cuando se presenta una actuación capaz de afectar derechos fundamentales⁵.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido expresamente la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, particularmente, en casos análogos fáctica y jurídicamente; esto es, respecto de fallos proferidos en procesos ordinarios laborales que vulneran el derecho al debido proceso por indebida aplicación normativa del artículo 34 del CST, al derivar de dicha disposición la responsabilidad solidaria del ICBF frente al pago de las acreencias laborales, sin tener en cuenta que ésta no es aplicable al contrato de aportes, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Laboral de dicha Corporación⁶.

A continuación, se demostrará que la presente acción de tutela cumple con los requisitos generales y específicos de procedencia de este mecanismo en contra de providencias judiciales.

4.1. REQUISITOS GENÉRICOS DE PROCEDIBILIDAD

⁴ Corte Constitucional, *Sentencias C-590 de 2005, SU-917 de 2010, SU-195 de 2012, SU-424 de 2012, SU-193 de 2013, SU-556 de 2014, SU-297 de 2015, SU-567 de 2015, SU-695 de 2015, T-060 de 2016, T-090 de 2017, SU-573 de 2017, SU-116 de 2018, SU-080 de 2020 y SU-462 de 2020, entre otras.*

⁵ Corte Constitucional, *Sentencia C-590 de 2005*.

⁶ Corte Suprema de Justicia, *Sala Laboral, sentencia del 16 de diciembre de 2020, STL 6804-2020. Radicación No. 91305. M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez. Igualmente, la sentencia de la misma sala: STL 6804-2020. Radicación No. 57852. M.P. Fernando Castillo Cadena*.

La tutela contra providencias judiciales exige acreditar el cumplimiento de todos los requisitos generales, los cuales se cumplen satisfactoriamente en el presente caso, como se evidencia en lo siguiente:

4.1.1. Relevancia constitucional

La presente acción de tutela reviste especial relevancia constitucional, dado que se trata de un caso en el cual se vulneró los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad del ICBF, a causa de la decisión proferida por la Sala de Descongestión N.º 2 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se condenó solidariamente al ICBF al pago de la indemnización por despido injusto.

La violación de estos derechos fundamentales del ICBF se concretó en que dicha providencia judicial incurrió, por una parte, en un defecto sustantivo, puesto que: (i) inaplicó los artículos 21, numeral 9 de la Ley 7 de 1979 y los artículos 123, 127 y 128 del Decreto Ley 2388 de 1979, frente al carácter administrativo y atípico del contrato de aportes que celebra el ICBF; y (ii) desconoció el precedente del 10 de octubre de 2018, sentencia de casación SL4430-2018, rad. N.º 54744, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se exoneró al ICBF de la responsabilidad solidaria frente a la celebración de un contrato de aportes, dado el carácter administrativo y atípico de dicho contrato; criterio reiterado en varios precedentes constitucionales proferidos por la Corte Suprema de Justicia en acciones de tutela contra providencias judiciales, en los que se ha reafirmado la inaplicabilidad de la responsabilidad solidaria contenida en el art. 34 del CST respecto del ICBF, al tratarse de una actividad regulada por normas especiales de derecho público. Por otra parte, también la providencia incurrió en un defecto orgánico, por cuanto como Sala de Descongestión no tiene la competencia para apartarse de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un parágrafo al art. 16 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, norma declarada exequible por la sentencia C-154 de 2016 de la Corte Constitucional.

Es necesario resaltar que este asunto plantea un debate iusfundamental respecto de la vinculatoriedad del precedente judicial, específicamente del que proviene del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, máxime cuando se trata de una de sus Salas de Descongestión, lo cual se encuentra íntimamente ligado con la garantía de los principios de igualdad y seguridad jurídica, y con la coherencia en la interpretación y aplicación del derecho⁷.

Finalmente, la decisión cuestionada amerita ser revisada, pues puede constituirse en un precedente problemático que impliquen a futuro condenas solidarias en contra del ICBF y, de esta forma, generar un impacto negativo en el presupuesto de la Entidad que afecte el desarrollo de su objeto misional de protección a la primera infancia, la niñez y la adolescencia en forma integral.

4.1.2. Agotamiento razonable de los medios de defensa judicial

En el presente asunto, el ICBF ejerció todas las acciones legales a las que había lugar, asimismo, la entidad respondió oportunamente la demanda y se opuso a las pretensiones formuladas, así como al recurso extraordinario de casación interpuesto. Igualmente, el fallo

⁷ Ver, entre otras, sentencias SU-567 de 2015 y T-441 de 2018.

accionado no tiene recurso alguno, por tratarse de la providencia que resuelve positivamente el recurso extraordinario de casación.

De manera que no existe otro mecanismo de defensa judicial al que el ICBF pueda acudir y, por tanto, el requisito mencionado se encuentra satisfecho.

8

4.1.3. La tutela debe ser interpuesta en un término razonable y proporcionado, a partir del hecho que generó la violación de los derechos fundamentales

El requisito de inmediatez implica que debe haber transcurrido un tiempo razonable entre la vulneración o amenaza del derecho fundamental y la presentación de la acción⁸, el cual debe ser considerado en cada caso concreto. Al respecto, la sentencia proferida el 21 de junio de 2021 por la Sala de Descongestión N.º 2 se notificó mediante edicto desfijado el 8 de julio de 2021.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha indicado que, en cada caso concreto se debe determinar cuál es el término razonable con base en las características y circunstancias especiales del asunto, *“por lo cual, en algunas ocasiones un plazo de seis (6) meses podría resultar suficiente para declarar la tutela improcedente y en otros eventos, un término de dos (2) años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela.”⁹*

Así las cosas, al no haber transcurrido más de seis (6) meses entre la notificación de la providencia accionada y la presente acción de tutela, esta se interpone dentro de un plazo razonable y proporcionado, por lo que se cumple con el requisito de presentación oportuna.

4.1.4. Irregularidad procesal significativa

En este caso no se alega una irregularidad procesal significativa. Por tanto, no hay lugar a acreditar el presupuesto en mención¹⁰.

4.1.5. Identificar de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados¹¹

En este caso, se hizo un recuento detallado de los hechos relevantes y las actuaciones procesales adelantadas en el proceso ordinario laboral seguido contra el ICBF dentro del cual la Sala de Descongestión N.º 2 condenó solidariamente al ICBF al pago de acreencias laborales. Por su parte, las razones que dan lugar a la vulneración de los derechos fundamentales del ICBF al debido proceso e igualdad, se reseñan ampliamente y se desarrollan en detalle al analizar los requisitos específicos de procedibilidad.

Como se puede observar, el presente requisito se satisface, pues existe claridad en cuanto al fundamento de la afectación de los derechos sobre los cuales se pretende la protección constitucional.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-246 de 2015.

⁹ Corte Constitucional. Sentencias: T-328 de 2010, T-526 de 2005, T-692 de 2006 y T-060 de 2016

¹⁰ Ver, entre otras, Sentencias SU-632 de 2017 y SU-072 de 2018.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-429 de 2011.

4.1.6. No debe tratarse de sentencia de tutela

En este caso, la acción de tutela no se dirige contra un fallo de tutela. Se interpone contra la sentencia de casación proferida por la Sala de Descongestión N.º 2 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso ordinario laboral 110013105028-2015-00234-01.

9

4.2. REQUISITOS ESPECÍFICOS DE PROCEDIBILIDAD

En cuanto a los requisitos específicos de procedibilidad, la sentencia SL2736-2021, Radicación N.º 87561, proferida el 21 de junio de 2021 por la Sala de Descongestión N.º 2, incurrió, por una parte, en un defecto sustantivo, puesto que: (i) inaplicó los artículos 21, numeral 9 de la Ley 7 de 1979 y los artículos 123, 127 y 128 del Decreto Ley 2388 de 1979, frente al carácter administrativo y atípico del contrato de aportes que celebra el ICBF; y (ii) desconoció el precedente del 10 de octubre de 2018, sentencia de casación SL4430-2018, rad. N.º 54744, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se exoneró al ICBF de la responsabilidad solidaria frente a la celebración de un contrato de aportes, dado el carácter administrativo y atípico de dicho contrato; sentencia que, además, ha sido reafirmada como vinculante en los precedentes constitucionales proferidos por la Corte Suprema de Justicia como juez de tutela, en cuanto a la inaplicabilidad de la responsabilidad solidaria contenida en el art. 34 del CST respecto del ICBF, al tratarse de una actividad regulada por normas especiales de derecho público. Por otra parte, también la providencia incurrió en un defecto orgánico, por cuanto, como Sala de Descongestión, no tiene la competencia para apartarse, desconocer o modificar la jurisprudencia de la Sala permanente de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un parágrafo al art. 16 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, norma declarada exequible por la sentencia C-154 de 2016 de la Corte Constitucional. A continuación, sustento cada uno de estos defectos.

4.2.1. Defecto sustantivo por inaplicación de normas y desconocimiento del precedente

La Corte Constitucional ha desarrollado las distintas hipótesis que dan lugar a la configuración de un defecto sustantivo¹², precisando que este se presenta, entre otras, cuando los jueces desconocen la norma legal aplicable al caso concreto. Al respecto, conviene citar la sentencia SU-649 de 2017:

"En múltiples oportunidades esta Corporación se ha pronunciado en torno al defecto sustantivo como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales^[172]. Esta irregularidad en la que incurren los operadores jurídicos se genera, entre otras razones: (i) cuando la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable, porque: (a) no es pertinente^[173], (b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia^[174], (c) es inexistente^[175], (d) ha sido declarada contraria a la Constitución^[176], (e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador^[177]; (ii) a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto,

¹² Corte Constitucional. Sentencias SU-649 de 2017 y SU-041 de 2018, entre otras.

10

no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable^[178] o "la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes"^[179] o se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial; (iii) no se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes^[180], (iv) la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva^[181] o contraria a la Constitución^[182]; (v) un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza "para un fin no previsto en la disposición"^[183]; (vi) cuando la decisión se funda en una hermenéutica no sistemática de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso^[184] o (vii) **se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto**^[185]." (subrayado fuera de texto).

Asimismo, el Alto Tribunal ha identificado otros supuestos que dan lugar al defecto sustantivo, tales como el desconocimiento del precedente judicial. Sobre el particular, téngase presente la sentencia SU-567 de 2015¹³:

"Igualmente, se considera defecto sustantivo el hecho de que la providencia judicial tenga problemas determinantes relacionados, (e) con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación que afecte derechos fundamentales; (f) cuando se desconoce el precedente judicial sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente; o (g) cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso" (subrayado fuera de texto).

En dicha sentencia la Corte precisó que: (i) cuando una instancia jurisdiccional quiera apartarse del precedente anterior, debe justificar razonadamente su oposición; y (ii) la vinculación al precedente se relaciona con los principios de seguridad jurídica e igualdad y con el deber que tienen los jueces de armonizar sus decisiones, para no producir fallos contradictorios cuando se trate de decidir sobre hechos similares.

De otra parte, en sentencia T-441 de 2018, el Alto Tribunal consignó unas consideraciones relevantes frente a la naturaleza y alcance del precedente judicial, y sobre la carga argumentativa que tienen los jueces cuando deciden apartarse del mismo. Así, reitero que el precedente judicial constituye "la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo"¹⁴, y precisó que el precedente puede ser horizontal -cuando las decisiones son emitidas por autoridades del mismo nivel jerárquico, o del mismo funcionario-, o vertical -cuando las decisiones son proferidas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia-.

La Corte resaltó que: (i) el acatamiento del precedente busca proteger los derechos a la seguridad jurídica y a la igualdad y, de esta forma, evitar que en casos similares se resuelvan de manera diferente; y (ii) todos los jueces, pero en especial las Altas Cortes y los Tribunales

¹³ Asimismo, ver Sentencias SU-515 de 2013; T-102 de 2014; y T-1285 de 2015.

¹⁴ Para tal efecto, la Corte citó la sentencia SU-053 de 2015.

deben tener en cuenta estos principios cuando toman decisiones, pues a futuro se convertirán en precedente judicial para los demás administradores de justicia.

No obstante, la Corte aclaró que, en virtud del principio de autonomía judicial, los jueces pueden apartarse del precedente siempre que cumplan con una debida carga argumentativa, la cual debe cumplir los siguientes requisitos: “(i) haga referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia); y (ii) ofrezca una carga argumentativa seria mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía.” Finalmente, la Corte concluyó que, de no cumplirse con la referida carga argumentativa, los jueces incurren en un defecto por desconocimiento del precedente judicial, como causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En el caso objeto de análisis, el ICBF encuentra que la sentencia SL2736-2021, Radicación N.º 87561, proferida el 21 de junio de 2021 por la Sala de Descongestión N.º 2 incurrió en un defecto sustantivo, al desconocer las normas que resultaban aplicables al caso, así como el precedente judicial del 10 de octubre de 2018, sentencia de casación SL4430-2018, rad. N.º 54744, proferida por la Sala permanente de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. A continuación, se explica en detalle la configuración de este defecto.

4.2.1.1. Inaplicación de las normas relativas a la naturaleza del contrato de aportes y desconocimiento del precedente del 10 de octubre de 2018, sentencia de casación SL4430-2018, rad. N.º 54744, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia

En la providencia accionada, la Sala de Descongestión N.º 2 condenó solidariamente al ICBF dentro del proceso ordinario laboral, dando aplicación al artículo 34 del CST frente a la responsabilidad solidaria, independientemente de la existencia de un contrato de aportes, sin tener en cuenta el precedente del 10 de octubre de 2018, sentencia de casación SL4430-2018, rad. N.º 54744, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El ICBF estima que, contrario a lo indicado por la Sala de Descongestión, la existencia de un contrato de aportes sí excluye la aplicación de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 34 del CST. Lo anterior, en virtud de los artículos 21, numeral 9 de la Ley 7 de 1979 y artículos 123, 127 y 128 del Decreto Ley 2388 de 1979, disposiciones que fueron desconocidas por el ente accionado. Al respecto, conviene citar el contenido de estas normas:

NORMA	CONTENIDO DE LA NORMA
Artículo 21, numeral 9 de la Ley 7 de 1979	El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tendrá las siguientes funciones: (...) 9. <u>Celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas</u> , nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo.
Artículo 123 del Decreto Ley 2388	El ICBF, cuando las necesidades del servicio así lo

de 1979	demanden, <u>podrá celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.</u> <u>Estos contratos se consideran como administrativos</u> y deben contener, entre otras, las cláusulas que, sobre garantías, caducidad administrativa y reclamaciones diplomáticas, la ley exige para los del Gobierno. La declaratoria de caducidad, llegado el caso, se hará mediante resolución motivada firmada por el director general, y de acuerdo con el procedimiento señalado en el decreto 150 de 1976.
Artículo 127 del Decreto Ley 2388 de 1979	<u>Por la naturaleza especial del servicio de bienestar familiar, el ICBF podrá celebrar contratos de aporte</u> , entendiéndose por tal cuando el instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc) indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, su vigencia será anual, pero podrá prorrogarse de año en año.
Artículo 128 del Decreto Ley 2388 de 1979	<u>Los contratos de aporte que el ICBF celebre para la prestación de los servicios de bienestar familiar solo están sujetos a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo.</u> El Instituto también podrá celebrar contratos innominados y de carácter mixto.

Bajo una interpretación sistemática de las normas transcritas se concluye que el contrato de aportes que celebra el ICBF ostenta una naturaleza especial y se encuentra sujeto a las normas de derecho público, por lo cual no le son aplicables las disposiciones del derecho individual del trabajo y, en consecuencia, no se predica la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 34 del CST.

En este sentido, la Sala de Descongestión N.º 2 pasó por alto normas específicas que resultaban aplicables en el proceso seguido contra el ICBF y que excluían la aplicación del artículo 34 del CST, incurriendo de esta forma en un defecto sustantivo.

Conviene precisar que la tesis de la exclusión de la responsabilidad solidaria frente a la celebración de contratos de aportes no es arbitraria, ni caprichosa y, además, fue expuesta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia de casación del 10 de octubre de 2018¹⁵, decisión que también fue desconocida por las autoridades accionadas.

Los hechos que dieron origen a la sentencia de la Corte Suprema se remontan a la demanda interpuesta contra la fundación FUPARCIS y el ICBF, en la cual unos trabajadores de la referida fundación reclamaban de manera solidaria el reintegro a los cargos que desempeñaban hasta el momento en que fueron despedidos, junto con el pago de los salarios y prestaciones correspondientes.

¹⁵ Radicación No. 54744. SL4430-2018. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

En primera instancia¹⁶ se condenó a la citada Fundación al pago de las prestaciones sociales reclamadas, y se absolió al ICBF y a la llamada en garantía la Previsora S.A. de las pretensiones de la demanda, decisión que fue confirmada en segunda instancia¹⁷.

El *Ad-quem* estimó que el ICBF y la Fundación FUPARCIS se vincularon entre sí a través de un contrato de aportes, lo cual descartaba la existencia de una relación laboral entre ellos, así como una relación laboral entre el Instituto y las personas naturales contratadas por dicha fundación. En este sentido, el juez de segunda instancia precisó que no se le podía atribuir al Instituto responsabilidad solidaria, en razón al referido contrato de aportes, puesto que la solidaridad es viable frente a contratos de obra y al ICBF no les son aplicables las normas del derecho individual del trabajo, dada su naturaleza de establecimiento público.

La parte actora presentó recurso de casación contra la sentencia del *Ad-quem*, el cual fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia del 10 de octubre de 2018, SL4430-2018, Rad. N.º 54744. La Alta Corporación decidió no casar la sentencia del Tribunal al estimar que, en razón de la naturaleza especial del contrato de aportes celebrado entre el ICBF y la Fundación FUPARCIS, no le son aplicables las normas de derecho individual del trabajo y, en consecuencia, no es predictable la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 34 del CST. Dijo la Corte:

"Ahora bien, no obstante que, conforme al texto del artículo 34 del CST y la jurisprudencia citada, el estudio de las dos premisas jurídicas que le sirven de sustento al fallo le daría razón al recurrente, no se casará la sentencia porque la premisa que también le sirve de sustento a la decisión impugnada consistente en que el contrato que las ligó es de carácter administrativo y atípico regulado por los artículos 21 de la Ley 7 de 1979 y 127 del DR. 2388 de 1979, al que no le son aplicables las normas de derecho individual del trabajo, se mantiene incólume en razón a que, ciertamente, por la naturaleza especial del contrato de aportes que ligó a los codemandados y el objeto del contrato, no tiene cabida el artículo 34 del CST..." (subrayado fuera de texto).

Para fundamentar tal decisión, la Corte precisó que: (i) el ICBF es un establecimiento público descentralizado dedicado a la prestación del servicio público de bienestar familiar; (ii) el legislador puede autorizar a las entidades estatales designadas como responsables de la prestación del servicio público para celebrar los contratos pertinentes, como en el caso del ICBF, a través de contratos de aportes; y (iii) el contrato de aportes que celebra el ICBF se trata de una actividad sui generis regulada por normas especiales de derecho público. Frente a este último punto conviene citar textualmente la referida providencia:

"La Sección Tercera del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de analizar la naturaleza, contenido y alcance del contrato estatal de aportes que celebra el ICBF, definiéndole las siguientes características esenciales: i) es un contrato estatal regido por la Ley 80 de 1993; ii) se trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo; iii) oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie una contraprestación a favor del contratista; consta por escrito y debe estar

¹⁶ Fallo del 25 de septiembre de 2009, proferido por el Juzgado 2 Laboral de Descongestión del Circuito de Santa Marta.

¹⁷ En sentencia del 23 de mayo de 2011, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta.

suscrito por las partes, en los términos consagrados en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993; iv) es bilateral y sinalagmático, en la medida que se desprenden obligaciones y cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y v) es comutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro. A los que esta Corte agrega que iv) el contratista asume la prestación del servicio público directamente a la comunidad mediante recursos del Estado. Es decir, el objeto del contrato se trata de una actividad sui generis regulada por normas especiales de derecho público y <solo están sujetas a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo>, art. 128 del D. 2388 de 1979, <actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución>, art. 127 ibidem, lo que excluye la aplicación del artículo 34 del CST". (subrayado fuera de texto).

14

Del contenido de la sentencia citada, es claro que la Corte Suprema de Justicia determinó de manera inequívoca que los contratos de aportes que celebra el ICBF ostentan una naturaleza especial y se encuentran sujetos al derecho público, por lo cual, no le son aplicables las normas de derecho individual de trabajo y, en consecuencia, no es predicable la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 34 del CST.

Esta sentencia resultaba aplicable en el presente caso, dada sus similitudes fácticas y jurídicas. En primer lugar, se trata de un caso en el cual se demanda al ICBF con el fin de que la entidad sea condenada solidariamente al pago de acreencias laborales y prestacionales. En segundo lugar, los debates jurídicos se dan en el marco de los procesos ordinarios laborales ante la jurisdicción ordinaria. Y, en tercer lugar, existe de por medio un contrato de aportes suscrito entre el ICBF y el contratista empleador. **Este último aspecto es el más relevante, puesto que constituye el punto central a partir del cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia decide excluir la aplicación de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 34 del CST.**

La Sala de Descongestión N.º 2 no se refirió en debida forma a la sentencia de casación SL4430-2018 del 10 de octubre de 2018 de la Sala permanente de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues ni siquiera la tuvo en cuenta en su decisión, se limitó a señalar otras providencias judiciales, alejadas de la circunstancia fáctica específica del caso concreto que involucra los contratos de aporte que adelanta el ICBF. Una simple revisión de las sentencias que cita como sustento de su decisión evidencia que, entre ellas, ni siquiera aparece referenciada (ver páginas 4 y 5 de este escrito, donde se resaltan las que citó la providencia accionada). Así, es claro que omitió considerar el precedente aplicable, como se lo imponía la similitud fáctica del caso concreto con la del precedente referido.

Como ya se expuso, es evidente las semejanzas entre el caso resuelto en aquella oportunidad y el presente asunto, circunstancia que no podía pasarse por alto y que, en todo caso, ameritaba un análisis detallado.

De otra parte, conviene resaltar que la tesis expuesta por la Corte Suprema de Justicia de ninguna manera socava los derechos fundamentales de los trabajadores y tampoco desconoce postulados constitucionales, pues simplemente precisa que, en el marco de los

contratos de aportes que celebra el ICBF no resulta aplicable la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 34 del CST, en atención a las particularidades de dicho contrato.

Sobre este punto, el Instituto aclara que no pretende desconocer ni controvertir la relación contractual que existió entre el demandante y La Fundación, ni tampoco los derechos que se derivaron de dicha relación y que le corresponden garantizar a los entes o personas que integraron dicha fundación y contrataron al demandante en el proceso ordinario. El ICBF simplemente advierte la exclusión de la responsabilidad solidaria en estos casos específicos, de conformidad con el precedente de la Corte Suprema de Justicia.

De acuerdo con lo expuesto, es claro que la Sala de Descongestión N.º 2 incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial. La sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia no solo resultaba aplicable dentro del proceso seguido contra el ICBF por sus similitudes fácticas y jurídicas, sino que ostentaba especial trascendencia por tratarse de una decisión proferida por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

La Sala de Descongestión N.º 2 no sólo vulneró el derecho al debido proceso del ICBF, sino que al dejar de aplicar y considerar el precedente vinculante desconoció el derecho fundamental del ICBF a la igualdad de trato por parte de las autoridades judiciales. Además, también desconoció los principios de igualdad y seguridad jurídica, adoptando decisiones que resultan problemáticas frente al Instituto y respecto de la comunidad jurídica, puesto que generan incertidumbre sobre la resolución de casos futuros en los que se discuta la responsabilidad solidaria del ICBF en el marco de la celebración de contratos de aportes.

Adicionalmente, la decisión de la Sala de Descongestión N.º 2 puede constituirse en un precedente problemático que implique a futuro condenas solidarias en contra del ICBF y, de esta forma, generar un impacto presupuestal a la Entidad que afecte el desarrollo de su objeto misional de protección a la primera infancia, la niñez y la adolescencia en forma integral.

4.2.1.2. Las sentencias de tutela en las que se reafirma la fuerza vinculante de la sentencia de casación SL4430-2018, rad. N.º 54744, proferida el 10 de octubre de 2018 por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia

Relacionado con lo expuesto en el anterior acápite, se resalta que la Corte Suprema de Justicia ha tutelado en varias oportunidades el derecho al debido proceso del ICBF frente a providencias judiciales en las que también se ha desconocido el precedente fijado por la Alta Corporación en la sentencia de casación SL4430-2018, rad. N.º 54744, proferida el 10 de octubre de 2018 por su Sala de Casación Laboral. Entre estas se destacan las siguientes:

- Sentencia de tutela del 18 de noviembre de 2019¹⁸, en esta la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia revocó una sentencia proferida por el Tribunal Superior de Quibdó que desconoció el precedente vertical del 10 de octubre de 2018, SL4430-2018, rad. N.º 54744, dictado por la Alta Corporación.

En dicha sentencia de tutela, la Corte Suprema dejó sin efectos la providencia cuestionada al encontrar que el Tribunal de Quibdó incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial *“toda vez que, para este caso en particular, es claro que actualmente la postura de la Sala es que el ICBF no debe asumir de manera solidaria frente al marco*

¹⁸ STL 16160-2019. Radicación No. 57852. M.P. Fernando Castillo Cadena.

de un contrato de aportes suscrito con una fundación, tal y como quedó plasmado en la sentencia anteriormente citada". (subrayado fuera de texto).

Asimismo, la Corte resaltó el respeto al precedente judicial en los siguientes términos: "...si bien es cierto que el juez puede apartarse del mismo, no lo es menos que para ello debe efectuar una argumentación suficiente de las razones de su disentimiento, para de esa manera no conllevar a la existencia de un defecto sustantivo en una decisión judicial, en la medida en que el respeto al precedente es una obligación de todas las autoridades judiciales, dada su fuerza vinculante y su relación con la protección de los derechos al debido proceso e igualdad" (subrayado fuera de texto).

- Sentencia de tutela del 16 de diciembre de 2020¹⁹, en esta la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo de tutela proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta, que concedió el amparo invocado y revocó el fallo de instancia, pues consideró que el funcionario encausado sí incurrió en un error evidente, dado que pasó por alto el precedente jurisprudencial que esta Sala ha consolidado respecto a la inexistencia de solidaridad a cargo del ICBF, por obligaciones que se causen en virtud de un contrato de aportes.

La Sala de Casación Laboral precisó que "el juez convocado sí incurrió en un error evidente, dado que aplicó de forma equivocada el artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo al caso que analizó y derivó de dicha disposición la responsabilidad solidaria del ICBF –Regional Magdalena-, no obstante, pasó por alto que la normativa en comento no es aplicable a los contratos de aportes que dicha entidad celebra, por mandato expreso del artículo 127 del Decreto 2388 de 1979 que establece lo siguiente: Artículo 128. Los contratos de aporte que el ICBF celebre para la prestación de los servicios de bienestar familiar solo están sujetos a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo". También señaló que es evidente que la autoridad judicial convocada, con el error referido, se apartó de los pronunciamientos que esta Sala ha realizado respecto a la materia debatida, como la sentencia CSJ SL4430-2018.

De esta manera, concluyó: "Así, a juicio de esta Corte, el Tribunal tutelado sí se apartó con su decisión del ordenamiento jurídico y, por dicha vía, lesionó el derecho fundamental al debido proceso de la entidad tutelante, pues aun cuando esta no informó en la contestación a la demanda sobre la existencia del precedente jurisprudencial, era deber del funcionario conocerlo y también aplicar los preceptos legales que regulan el asunto en controversia".

- Sentencia de tutela del 6 de mayo de 2021²⁰, en esta la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que negó el amparo de los accionantes que pretendían dejar sin efecto las providencias del proceso ordinario laboral en el que se absolvío al ICBF y que se dictara otra providencia que lo declare solidario.

La Sala de Casación Penal concluyó que las providencias del proceso ordinario laboral contaron con la suficiente claridad y argumentación para desestimar la figura de la solidaridad del artículo 34 CST, ya que las conclusiones que sobre el particular se plasmaron en las

¹⁹ STL 6804-2020. Radicación No. 91305. M.P. Ivan Mauricio Lenis Gomez.

²⁰ STP 5592-2021. Radicación No. 116151. M.P. Gerson Chaverra Castro.

instancias, fueron producto del análisis e interpretación dada a la Ley 7^a de 1979 y su Decreto Reglamentario 2388 del mismo año. Agrega expresamente que dicho análisis, además, se respaldó en la comprensión que sobre tal materia reallizó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre en materia laboral, en la sentencia del 10 de octubre de 2018, SL4430-2018, rad. N.^o 54744 (providencia que cita *in extenso* en las páginas 9 a 13 del fallo de tutela).

Estos fallos de tutela resultan relevantes para resolver la presente solicitud de amparo, no solo porque reconocen la fuerza vinculante de la sentencia de casación del 10 de octubre de 2018, SL4430-2018, rad. N.^o 54744, sino por tratarse de precedentes constitucionales proferidos por la Corte Suprema de Justicia como juez constitucional en casos con similitudes fácticas y jurídicas.

4.2.2. Del defecto orgánico por falta de competencia de las Salas Laborales de Descongestión para apartarse, desconocer o modificar el precedente de las Salas permanentes de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

El defecto orgánico se configura cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece de competencia para ello, lo cual afecta el derecho al debido proceso, toda vez que “el grado de jurisdicción correspondiente a un juez, tiene por finalidad delimitar el campo de acción de la autoridad judicial para asegurar así el principio de seguridad jurídica que ‘representa un límite para la autoridad pública que administra justicia, en la medida en que las atribuciones que le son conferidas sólo las podrá ejercer en los términos que la Constitución y la ley establecen’²¹. De esta manera se ha señalado que tal irregularidad se genera, entre otros supuestos, cuando la autoridad judicial que profirió la providencia respectiva: “(i) carecía absolutamente de competencia para conocer y definir el asunto, esto es, desconoce su competencia, (ii) asume una competencia que no le corresponde (...)²²”.

En relación con la posibilidad de apartarse del precedente judicial mencionada anteriormente, es necesario reiterar, por una parte, que la Sala de Descongestión N.^o 2 accionada ni siquiera tuvo en cuenta la sentencia de casación del 10 de octubre de 2018, SL4430-2018, rad. N.^o 54744, por lo que, lógicamente, ni siquiera podía cumplir con la debida carga argumentativa para apartarse de dicho precedente. Pero, por otro lado, es necesario tener en cuenta que esta autoridad accionada, como Sala de Descongestión, tiene unas funciones fijadas estatutariamente, las cuales limitan su competencia respecto de los precedentes judiciales fijados por la Sala permanente de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al punto que no pueden desconocerlos, ni modificarlos, ni cambiarlos por unos nuevos.

Del inciso 2.^o del artículo 2.^o de la Ley 1781 de 2016 se desprende claramente que las Salas de Descongestión carecen de competencia funcional para desatender o modificar la jurisprudencia de la Sala Laboral Permanente de la Corte Suprema de Justicia:

“Artículo 2^o. (...) Las salas de descongestión actuarán independientemente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pero cuando la mayoría de los integrantes de aquellas consideren procedente cambiar la

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-257 de 2002, reiterada en la T-620 de 2013.

²² Corte Constitucional, sentencia T-929 de 2008.

jurisprudencia sobre un determinado asunto o crear una nueva, devolverán el expediente a la Sala de Casación Laboral para que esta decida."

Esta norma establece las siguientes reglas estatutarias: (i) las Salas de descongestión carecen de competencia para desatender o modificar la jurisprudencia de las Salas Permanentes de Casación; (ii) la competencia exclusiva y excluyente para modificar la jurisprudencia es de la Sala de Casación Laboral permanente; y (iii) existe un procedimiento especial en caso de que las Salas de descongestión consideren necesario revisar un eventual cambio de jurisprudencia: aprobación por la mayoría de los integrantes de la Sala y remisión a la Sala laboral permanente.

Por su parte, la Corte Constitucional analizó la citada norma en control automático de constitucionalidad y la declaró exequible en la sentencia C-154/16, en los siguientes términos:

"101.- El objetivo de la descongestión es acelerar la toma de decisiones en los procesos detenidos para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia y la adopción de una sentencia en un plazo razonable. Su naturaleza es transitoria, pues pretende generar medidas de choque frente al represamiento de los procesos.

Por su parte, la unificación de jurisprudencia pretende garantizar igualdad y seguridad jurídica por medio de una función de carácter permanente. La sentencia SU-241 de 2015 se refirió al tema en materia de casación laboral. Consideró que la unificación es parte de varios objetivos sistémicos de la casación que van más allá de las partes, pero inciden en la realización efectiva de sus derechos fundamentales.

Como puede observarse, los objetivos de la descongestión distan de la búsqueda o participación permanente en la unificación de jurisprudencia. Si se aceptara que esta sala de descongestión conociera de la unificación se desnaturalizaría el objetivo para el que los cargos fueron creados, pues no lograrían ocuparse de la descongestión como corresponde. En efecto, **el objetivo de esta sala no es crear nueva jurisprudencia, es resolver la mayor cantidad de casos en menos tiempo, por eso es razonable la medida que les impide conocer de la unificación.**

*102.- Podría alegarse que esta medida restringe la autonomía e independencia judicial o incluso el debido proceso de los ciudadanos, pues los magistrados de descongestión no podrían, eventualmente, adoptar una posición diferente a la de la jurisprudencia vigente en la Corporación. Este argumento no sería admisible porque **no existe ningún impedimento para que los magistrados de la sala de descongestión discrepen de la jurisprudencia vigente o planteen la necesidad de crear una nueva postura, lo que la norma ha diseñado es un mecanismo en el cual, a fin de proteger el objetivo de la descongestión, los magistrados que discrepen o consideren que debe crearse nueva jurisprudencia deberán devolver el expediente a la Sala de Casación permanente para que sea esta la que decida.** De esta manera se garantiza la seguridad jurídica y la igualdad de trato en los órganos de cierre sin anular el objeto del programa de descongestión (Destacados fuera de texto)."*

Acogiendo lo anterior, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

"6. Ahora, en el marco de las atribuciones asignadas a las salas de descongestión de la Sala de Casación Laboral, el parágrafo del artículo segundo de la Ley 1781 de 2016, precisa que, aunque éstas actuarán en forma independiente, en el evento en que la mayoría de sus integrantes considere procedente cambiar la jurisprudencia sobre un determinado asunto o crear una nueva, deberán devolver el expediente a la Sala de Casación Laboral para el efecto.

Así las cosas, dado que autónomamente ninguna sala de descongestión puede variar la doctrina de la Sala de Casación Laboral, si se presentara una circunstancia de tal naturaleza que implicara la modificación del precedente o la necesidad de crear una nueva postura jurídica frente a una casuística en particular, se impone la obligación para aquellas, de remitir el asunto a ésta, para lo pertinente (...)"²³.

Particularmente, en relación con la procedencia de la acción de tutela cuando las decisiones de las Salas de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia no atiendan el precedente judicial fijado por las Salas permanentes, o se aparten del mismo y no den aplicación al procedimiento previsto en el numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

"Dicho de otra manera, la norma en cita facultó al cuerpo colegiado "de descongestión" para emitir las decisiones en los asuntos que le sean asignados, con apego al precedente que la "Sala de Casación Laboral" ha construido en el ámbito "laboral", como autoridad encargada de unificar la "jurisprudencia nacional", y de interpretar el ordenamiento jurídico, con el objeto de materializar a los usuarios de la justicia los principios de "igualdad frente a la ley" y de "igualdad de trato por parte de las autoridades", pero sin desconocer que dicha labor es constructiva y, por tanto, debe ser flexible para adecuarse a la realidad y a las necesidades sociales que se buscan regular y que tienen el carácter de ser cambiantes, de manera que no se sacrificuen otros valores y principios constitucionalmente protegidos, conforme se precisó en sentencia C-836 de 2001; empero, encargó esa labor a la Sala permanente especializada de esta Corporación, siendo esa la razón por la que al considerarse que la postura jurisprudencial ha de variar, resulta necesario enviar las diligencias a la Sala Especializada permanente para que asuma el análisis pertinente y emita la decisión que corresponda.

Al respecto, la Corte Constitucional en la providencia en cita señaló, que "[u]na decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional".

²³ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia STC13556-2018 del 18 de octubre de 2018, M.P. Luis Armando Tolosa.

5. Así las cosas, se advierte que la determinación cuestionada a más que no atendió el precedente judicial, sin expresar las razones por las cuales consideró pertinente apartarse del mismo, se profirió con abierto desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, con lo cual incurrió en defecto sustantivo, orgánico y procedimental, todo lo cual comporta la anomalía que corresponde conjurar, pues se configuró, entonces, el quebranto del derecho fundamental previsto por el artículo 29 de la Constitución Política, por lo que se torna menester acceder a la protección solicitada²⁴.

20

En este sentido, es claro que los magistrados de las Salas de Descongestión deben sujetarse al criterio sentado por la jurisprudencia de la Sala Permanente. En caso contrario, su desconocimiento o inaplicación implica que su decisión es abiertamente contraria a dicha jurisprudencia, lo que materialmente corresponde a la modificación o creación de un nuevo criterio, situaciones para las que no tienen competencia.

Trasladando estos postulados al caso concreto, se observa que la Sala de Descongestión N.º 2 en el fallo impugnado omitió considerar y aplicar el precedente judicial fijado por la Sala permanente de Casación Laboral en la sentencia de casación del 10 de octubre de 2018, SL4430-2018, rad. N.º 54744. Este desconocimiento implica que la decisión de la Sala de Descongestión N.º 2 de declarar responsable de manera solidaria al ICBF es abiertamente contraria al precedente jurisprudencial que la Sala permanente de Casación Laboral ha consolidado, respecto a la inexistencia de solidaridad a cargo del ICBF por obligaciones que se causen en virtud de un contrato de aportes. Tal decisión diametralmente opuesta al precedente es materialmente una modificación de la citada jurisprudencia o la creación de un nuevo criterio, situaciones para las que no tienen competencia la sala de descongestión.

Esta circunstancia evidencia el defecto orgánico acusado por falta de competencia de la Sala de Descongestión N.º 2 y pone de presente una extralimitación que comporta la evidente vulneración de los derechos fundamentales del ICBF al debido proceso y a la igualdad.

5. MEDIDA PROVISIONAL

En el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991 se establece la posibilidad de que el juez cuando lo considere necesario y urgente pueda decretar medidas cautelares provisionales para asegurar el objeto del proceso. La Corte Constitucional ha precisado que procede el decreto de medidas provisionales frente a las siguientes hipótesis; (i) cuando éstas resultan necesarias para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se concrete en una vulneración o; (ii) cuando, constatada la ocurrencia de una violación, sea imperioso prever su agravación.

La medida de suspensión provisional de actos concretos debe ser razonada y no arbitraria, producto de una valoración sensata y proporcional a la presunta violación o amenaza de los derechos fundamentales alegados. Así entonces, el Decreto 2591 de 1991, efectivamente permite suspender provisionalmente la aplicación de actos concretos que amenacen o vulneren un derecho fundamental, pero solamente cuando sea necesario y urgente para la

²⁴ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sentencia STC7678-2018 del 14 de junio de 2018, M.P. Margarita Cabello Blanco.

protección del derecho, lo cual exige, por parte del juez de tutela, un estudio razonado y conveniente de los hechos que lleven a la aplicación de la medida.

Dispone la norma citada que la suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible y que el juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

En ese sentido, respetuosamente le solicito al señor Juez de Tutela que de conformidad al artículo 7º Decreto 2591 de 1991, COMO MEDIDA PROVISIONAL:

LA SUSPENSION DE LOS EFECTOS CONTENIDOS EN LA SENTENCIA SL2736-2021, RADICACIÓN N° 87561, PROFERIDA EL 21 DE JUNIO DE 2021 POR LA SALA DE DESCONGESTIÓN N° 2 DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EN LA QUE RESOLVIÓ DECLARAR AL ICBF SOLIDARIAMENTE RESPONSABLE DEL PAGÓ DE ACREEDICIAS LABORALES A QUE FUE CONDENADA LA FUNDACIÓN POR UN MUNDO NUEVO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS, LOS JÓVENES, LAS JÓVENES, LA MUJER Y LA FAMILIA, RESPECTO DEL SEÑOR MARIO ENRIQUE BERNAL BARRAGÁN.

Con los argumentos y pruebas aportadas con este escrito, los que comedidamente solicito al Juez de tutela sean analizados con tal detalle para efectos de decidir sobre la procedencia de la medida provisional solicitada, pues se encuentra más que demostrada la violación de los derechos fundamentales invocados. Ahora bien, lo que se pretende a través del Decreto de la medida provisional consagrada en el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991, es que, como lo indica la H. Corte Constitucional se adopten las medidas pertinentes para evitar que la situación se torne aún más gravosa, lo que causaría un perjuicio irremediable, el que estamos todavía a tiempo de evitar. En reiterada Jurisprudencia, la H. Corte Constitucional ha expresado a través de sus sentencias, que la aprobación de la medida provisional, no constituye un prejuzgamiento, por el contrario, se debe entender como el instrumento que la Carta Política le otorgó a sus asociados, para evitar un perjuicio irremediable.

6. SOLICITUD

De conformidad con lo expuesto en este escrito, se solicita respetuosamente al juez de tutela:

1.º Que se conceda la tutela como mecanismo principal y de forma definitiva, para que (i) se amparen los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del ICBF, vulnerados por la Sala de Descongestión N.º 2 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y (ii) se declare sin efecto la sentencia SL2736-2021, Radicación N.º 87561, proferida el 21 de junio de 2021, en la cual se condenó solidariamente al ICBF al pago de acreencias laborales.

2.º Que, en consecuencia, se ordenen las medidas necesarias para la garantía y protección de los derechos fundamentales del ICBF, entre otras, se ordene a la autoridad judicial accionada profiera una nueva decisión conforme a la jurisprudencia fijada por la Sala permanente de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de casación del 10 de octubre de 2018, SL4430-2018, rad. N.º 54744, en la cual se exoneró al

ICBF de la responsabilidad solidaria frente a la celebración de un contrato de aportes, dado el carácter administrativo y atípico de dicho contrato.

7. COMPETENCIA

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer la presente acción, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución, el Decreto 2591 de 1991 y numeral 7.º del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 333 de 2021, que dispone que las acciones de tutela dirigidas contra la Corte Suprema de Justicia serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a la misma Corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda de conformidad con su reglamento, esto es, el artículo 44 del Acuerdo 006 de 2002.

22

8. JURAMENTO

Manifiesto bajo la gravedad del juramento que actualmente no se ha interpuesto otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos aquí relacionados, ni contra la misma autoridad.

9. ANEXOS

- Resolución N.º 8774 del 30 de septiembre de 2019 en la que se nombra al doctor EDGAR LEONARDO BOJACA CASTRO como Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF.
- Acta de Posesión No. 00204 del 1 de octubre de 2019 del Dr. Bojacá Castro como Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF.
- Poder otorgado por el Dr. BOJACA CASTRO a mi nombre.

10. PRUEBAS

1.- Solicito se oficie a la la Sala de Descongestión N.º 2 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para que remita copia de todo el expediente contentivo del proceso ordinario laboral, radicado N.º 110013105028-2015-00234-01.

2.- Solicito al señor juez se sirva tener como medios de prueba los siguientes:

- Copia de la sentencia SL2736-2021, Radicación N.º 87561, proferida el 21 de junio de 2021 por la Sala de Descongestión N.º 2 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.
- Copia de la sentencia de casación del 10 de octubre de 2018, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL4430-2018. Radicación No. 54744. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz).
- Copia del fallo de tutela del 18 de noviembre de 2019, proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (STL 16160-2019. Radicación No. 57852. M.P. Fernando Castillo Cadena).
- Copia del fallo de tutela del 16 de diciembre de 2020, proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (STL 6804-2020. Radicación No. 91305. M.P. Ivan Mauricio Lenis Gomez).

- Copia del fallo de tutela del 6 de mayo de 2021, proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (STP 5592-2021. Radicación No. 116151. M.P. Gerson Chaverra Castro).

11. NOTIFICACIONES

23

1. Accionante

El ICBF recibe notificaciones en la Avenida Carrera 68 # 64C-75 de Bogotá o en el correo electrónico notificaciones.judiciales@icbf.gov.co, lizzet.castellanos@icbf.gov.co

2. Accionados

La Sala de Descongestión N.º 2 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia recibe notificaciones en la Secretaría Adjunta de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el correo electrónico: secretarialaboral@cortesuprema.ramajudicial.gov.co, seclabdes@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

3. Terceros con interés legítimo

g

MARIO ENRIQUE BERNAL BARRAGÁN, identificado con C.C. 79.095.272 de la Mesa, Cundinamarca quien puede ser notificado por medio de su apoderado ALIRIO RINCON VALERO identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.450.738. de Bogotá, y tarjeta profesional No. 79.153 del C. S. de la J., en la Carrera 9 No.17-24, Oficina 507 de Bogotá D.C., Carrera 8 No. 76 – 79 Torre B, Oficina 602 Edificio EXPOCENTRO de Bogotá D.C., correo electrónico: aliriorinconvalero@gmail.com

Cordialmente,



LIZZET KATHERINE CASTELLANOS
C.C. No. 1.010.204.018 de Bogotá
T.P. No. 276.584 del C. S. de la J.