

Imprimir

El 9 de septiembre pasado, el Consejo de Estado, a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, emitió sentencia de unificación sobre la validez de los contratos de prestación de servicios en la administración pública, al fallar sobre los “recursos de apelación interpuestos contra sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia de 11 de diciembre de 2015.[1]

El caso concreto se refiere a la demanda que interpuso una persona que trabajó como abogada al servicio de la Personería de Medellín, (Unidad Permanente para los Derechos Humanos), desde el día 29 de diciembre de 2005 hasta el 2 de enero de 2012, bajo un contrato de prestación de servicios que se realizó, no directamente por la entidad, sino a través del Instituto tecnológico Metropolitano (ITM), entidad también adscrita al municipio de Medellín. La demandante indicó que ejerció sus funciones en horario fijado por la Personería de Medellín, dentro de los tres turnos establecidos para garantizar la prestación del servicio durante las 24 horas del día, además de trabajar, según la necesidad, los sábados, domingos y festivos. Que sus actividades profesionales –algunas de alto riesgo- eran de carácter permanente, propias de la Personería de Medellín, organismo que también le proporcionó la infraestructura y el transporte para su cumplimiento. Que, además, fue supervisada, dirigida, controlada y vigilada por el personero delegado a cargo, quien fungía como su jefe inmediato, impartándole órdenes de forma habitual y autorizando los permisos que solicitaba. Además, la entidad le exigía tener disponibilidad permanente para la prestación del servicio.

Lo que hizo esta trabajadora, y que la inmensa mayoría de los trabajadores vinculados bajo esta modalidad contractual no hacen por temor a que no vuelvan a ser contratadas, fue demandar el reconocimiento de la relación laboral (contrato realidad), y el pago de las prestaciones que se derivaran de esta, petición que fue negada en dos oportunidades, primero por el ITM y luego por la Personería. Así que el conflicto fue resuelto en primera instancia por la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, que mediante sentencia de 11 de diciembre de 2015 declaró la nulidad del acto administrativo por el cual la Personería de Medellín negó las pretensiones de la demandante; restableció los derechos laborales de la trabajadora ordenándole al municipio de Medellín y a la personería

Municipal el pago indexado de las prestaciones sociales dejadas de percibir dentro de los periodos que se ejecutaron los contratos; y condenó a la entidad demandada a pagar a la demandante los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el periodo acreditado que prestó sus servicios debidamente indexados.

La decisión final del Consejo de Estado modificó los ordinales tercero y cuarto de la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, (de 11 de diciembre de 2015), a través de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, los cuales quedarán de la siguiente manera: “TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, como parte trabajadora de una relación laboral (encubierta o subyacente), el MUNICIPIO DE MEDELLÍN-PERSONERÍA DE MEDELLÍN deberá reconocer y pagar a la trabajadora las prestaciones sociales dejadas de percibir entre el 29 de diciembre de 2005 y el 30 de diciembre de 2011, liquidadas conforme al valor pactado en los contratos suscritos, sin solución de continuidad, debidamente indexadas. La totalidad del tiempo laborado se computará para efectos pensionales, para lo cual la entidad hará las correspondientes cotizaciones. CUARTO: Condenar a la entidad demandada, a título de restablecimiento del derecho, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante, dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por la trabajadora como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante en concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios”. Sobre estos aportes, el Consejo de Estado negó la pretensión de la demandante a la devolución de la parte que ella pago y que le correspondía pagar al municipio de Medellín: el concepto del Consejo de Estado es que “los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales, (que), en virtud de esa naturaleza parafiscal, son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado, (...) su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, lo que

excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer”. Finalmente, el Consejo De Estado negó la pretensión de la demandante en el sentido del restablecimiento de su condición de empleado público, “puesto que, como lo ha reiterado esta corporación, para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión”.

Esta sentencia reitera lo que ya es jurisprudencia en relación con este tipo de contratos: el Estado los puede implementar solo en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características; la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato; la vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

Finalmente, la sentencia unifica la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, “en el sentido de precisar las siguientes reglas en las relaciones laborales encubiertas o subyacentes: (i) La primera regla define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia. (ii) La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente. (iii) La tercera regla determina que, frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal.

El abuso de la contratación por prestación de servicios como expresión de política clientelista.

En reiteradas ocasiones la Corte y el Consejo de Estado han encontrado un “uso indiscriminado de contratos de prestación de servicios que constituyen una violación sistemática de la Constitución”, razón por la que la jurisprudencia de estas instituciones han establecido “los casos en los que se configura una relación laboral, con independencia del nombre que le asignen las partes al contrato y ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 Superior, el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales debe aplicarse en las relaciones laborales entre particulares y en las celebradas por el Estado”. “El hecho de que la Corte Constitucional manifieste que «el uso indiscriminado de los contratos de prestación de servicios constituye una verdadera vulneración sistemática de la Constitución» debe, cuando menos, llamar la atención de esta Sala. Esta conclusión, consolidada en múltiples fallos de tutela, muestra que al interior de algunas entidades públicas se ha impuesto, como práctica extendida, una violación al orden constitucional por parte del Estado, que, por mandato de la Carta, es el primer llamado a ser el referente ético de su cumplimiento”, (sentencia T-723 de 2016).

En este sentido, el propio Consejo de Estado resalta, que “tal es la preocupación por el abuso de esta figura contractual, que incluso la Organización Internacional de Trabajo (OIT), advirtiendo la expansión de esta actividad fraudulenta en varios ordenamientos, a través de la Recomendación 198 de 2006, invitó a los Estados miembros a reconocer y proteger los derechos de los trabajadores y a contribuir a la eliminación de las prácticas de empleo encubierto, y los exhortó a desarrollar políticas públicas de protección de los trabajadores que incluyeran, «por lo menos», medidas tendientes a: (b) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan

lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho”.

En este sentido, la Corte ha señalado que “en el escenario nacional, y, particularmente, en el caso del contrato de prestación de servicios, la proliferación de demandas que alegaban el ocultamiento de relaciones laborales obligó a esta jurisdicción a desarrollar el concepto del «contrato realidad», con sustento en el artículo 53 de la Constitución Política, estableciendo la primacía de la situación fáctica objetiva sobre el *nomen iuris* que se le hubiera aplicado. Un criterio que ya venía consolidado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en innumerables fallos de tutela, que, hasta la fecha, no ha modificado, pues sigue evidenciando esta mala práctica en la Administración”.

La CUT ha denunciado que en diferentes entidades estatales están vinculados con esta modalidad contractual aproximadamente un millón de trabajadores, y según las cifras de Colombia Compra Eficiente, durante 2020 en el sector público se firmaron más de 588 mil contratos bajo esa modalidad.” [2] Todos estos son trabajadores que, contratados bajo esta modalidad, quedan reducidos a la condición de ciudadanos de segunda clase, pues no cuentan con los mismos derechos que tienen los demás trabajadores regulados por una relación laboral protegida por el Código Sustantivo del Trabajo, como el derecho a vacaciones pagas, descansos remunerados, licencia de maternidad, jornada laboral de 8 horas y los derechos de libertad sindical, entre otros. Y en muchos casos, ni siquiera existe el derecho a la igualdad entre los mismos trabajadores contratados bajo esta modalidad, pues se presenta muchas situaciones de desigualdad en el pago de honorarios por el mismo trabajo realizado.

Este abuso ha conducido a que aproximadamente 15.000 trabajadores hayan demandado al Estado por este tipo de contratos, de las cuales ya han sido falladas unas 3.000 a favor de los demandantes, demandas que le han costado al Estado, es decir, a todos los colombianos, por lo menos \$80.000 millones, según la denuncia que en la W hizo la senadora Angelica Lozano del partido Alianza Verde. Esta misma senadora denunció la oposición sistemática por parte del gobierno de Duque y de su bancada en el congreso a regular este tipo de contratación, pues según ella, en por lo menos tres oportunidades se han opuesto a darle trámite a proyectos que ordenan los respectivos “estudio de cargos” en toda las entidades públicas y

regular este tipo de contratación, estudios que también han sido propuestos por la Corte, para que en cada una de las entidades del Estado se tengan claro las necesidades de personal y se vayan ajustando paulatinamente las plantas a estas necesidades.

Y lo mismo han propuesto los sindicatos del sector estatal en las negociaciones colectivas con el Estado. Efectivamente, en el “Acta de acuerdo de la negociación colectiva de solicitudes de las organizaciones sindicales de los empleados públicos, de mayo 24 de 2019, en el capítulo 1, relativo a “Plantas de personal”, se acuerda que “el Gobierno Nacional, dentro del mes siguiente a la firma del Acuerdo Colectivo, expedirá un decreto que reglamente el numeral 2 de la ley 909 de 2004, fijando los lineamientos para que las entidades y organismos a los que se les aplica la citada ley y los regímenes especiales y específicos de origen legal, mantengan actualizadas las plantas globales de Empleo necesarias para el cumplimiento eficiente de las funciones a su cargo, teniendo en cuenta las medidas de racionalización del gasto”.

Continua el artículo 1 de este Acuerdo, señalando que, “adicionalmente, en el citado decreto se creara una Mesa de trabajo “por el empleo público, la actualización de las plantas, la reducción de los contratos de prestación de servicios y garantizando el trabajo digno y decente”. Y más adelante indica que, “la Mesa bajo su competencia tendrá como objeto adoptar un cronograma, con tareas, responsabilidades y fechas precisas, para que en el término de tres años, en forma progresiva, se continúe dando cumplimiento a los acuerdos suscritos en 2013, (punto 17), 2015, (punto 1), y 2017 (punto 1.1)”, relativos a plantas de empleo.

Han pasado ya más de tres años de haberse firmado estos acuerdos, y lo que denuncian los sindicatos del sector público es que muy poco o nada se ha cumplido en relación con estos acuerdos. Y es que la razón para mantener este tipo de contratos y esta frondosa nómina paralela es clientelista: se trata por esta vía, de asegurar un ejército de votantes cautivos, que también comprometen los votos de sus familias, y así asegurarse el mantenimiento de sus curules y de sus negocios en el congreso, tal como le dijo a la senadora del Partido Verde un congresista que se oponía a los estudios de plantas y a regular el contrato por prestación

de servicios: “eso es lo que nosotros tenemos para manejar y darle a la gente y tenerlos ahí y ustedes con este proyecto de ley se nos tiran eso”

---

[1] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de unificación por importancia jurídica Bogotá, D. C., nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Asunto: SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA CONFORME AL ARTÍCULO 271 DE LA LEY 1437 DE 2011.

[2]

<https://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/mas-de-500000-trabajadores-del-estado-con-contratos-por-prestacion-de-servicios/20210930/nota/4168290.aspx>

Héctor Vásquez Fernández

Foto tomada de: Caracol Radio