

DOCUMENTOS DE TRABAJO

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

**¿Quedaron prohibidos los contratos de prestación de servicios?
Comentarios a la sentencia del
Consejo de Estado del 9 de septiembre de 2021***



* Este documento de trabajo hace parte de las reflexiones académicas del autor, adscrito al grupo de investigación *Derecho y Sociedad* de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Medellín, octubre 6 de 2021

¿Quedaron prohibidos los contratos de prestación de servicios?

Comentarios a la sentencia del Consejo de Estado del 9 de septiembre de 2021

Elaborado por:

Hernán Darío Vergara Mesa¹

Cuando por una crónica periodística se supo que el Consejo de Estado había emitido en el mes de septiembre de 2021 una nueva decisión sobre el contrato de prestación de servicios (CPS)², la primera impresión que generó es que se trataba de un caso más en el que este órgano judicial aplicaba el principio de primacía de la realidad sobre las formas con respecto a una relación laboral disfrazada de contrato estatal. Pero había sido más que eso. Desde distintos puntos de vista era una decisión trascendental, tanto en lo que respecta al ámbito laboral del Estado como al estrictamente administrativo.

Los comentarios que siguen procuran destacar los aspectos más relevantes de la citada decisión en lo que concierne con los ámbitos señalados.

1. El carácter especial de la sentencia emitida por el Consejo de Estado.

Se adoptó mediante una sentencia de unificación (SU). Este tipo de decisiones se justifica por la importancia jurídica o trascendencia social que reviste un asunto, sobre el cual, además, se requiere un pronunciamiento de la máxima instancia de la jurisdicción contenciosa administrativa para resolver divergencias interpretativas entre los operadores jurídicos. Esto implica que la decisión en comento obrará como una fuente de derecho vinculante, al contener reglas que deben ser tenidas en cuenta por los demás jueces de la referida jurisdicción y por la misma administración pública, cuando deban adoptar decisiones respecto a casos con similares características.

¹ Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), magíster en Derecho y abogado de la Universidad de Antioquia, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Medellín. Autor de los libros *Instituciones del derecho administrativo laboral*, editado por la Universidad de Antioquia y *Fundamentos de derecho administrativo*, editado por la Universidad de Antioquia y Tirant lo Blanch. Correo electrónico: hernan.vergara@udea.edu.co

² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 9 de septiembre de 2021, Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016). Demandante: Gloria Luz Manco Quiroz, Demandado: municipio de Medellín - Personería de Medellín y otro.

La necesidad de una SU en materia de CPS era evidente. Por un lado, el CPS es un medio masivamente utilizado por las diferentes entidades estatales para el cumplimiento de las funciones a su cargo, al punto que supera con creces las que se desarrollan a través de los empleos públicos y los contratos de trabajo. Lo paradójico con ese protagonismo del CPS es que, de acuerdo con el orden jurídico vigente en Colombia, esta forma de contratación es excepcional. Siendo así, algo no está funcionando de conformidad con la legalidad que justifica la vinculación de prestadores de servicios dentro del Estado.

Por otro lado, a pesar de que los jueces administrativos declaran con mayor regularidad las relaciones de trabajo que se configuran a través de CPS celebrados inadecuadamente por las entidades públicas, existen entre ellos discrepancias sustanciales y procedimentales que afectan la seguridad jurídica, la igualdad y buena fe, por ejemplo, tratándose del cómputo de términos para la exigibilidad de los derechos.

Generar entonces mayor certidumbre alrededor de la interpretación y aplicación de las fuentes del derecho pertinentes a los CPS, era el objetivo al emitir la SU que se comenta, y cabe considerar la importancia que reviste para tal efecto.

2. Las condiciones de legitimidad del contrato de prestación de servicios para el cumplimiento de funciones públicas.

El Consejo de Estado empieza por recordar que el CPS es un contrato típico dentro de la contratación estatal colombiana, al estar regulado expresamente por la ley general de contratación. Destaca como características de este contrato -que son más bien condiciones para que pueda ser utilizado válidamente por las entidades públicas- las siguientes:

- Temporalidad, en el sentido de que solo puede celebrarse por el «término estrictamente indispensable».
- Excepcionalidad, en tanto medio para cumplir actividades que no pueden realizarse con personal de planta o requieren conocimientos especializados.
- Autonomía del contratista, dada la prohibición de que el CPS genere relación laboral y el consiguiente pago de prestaciones sociales.

A partir de la utilización válida del CPS el contratista se aprecia como un “colaborador episódico y ocasional de la Administración”, que no tiene ninguna vocación de permanencia dentro de ésta.

Tal imagen que se desvirtúa cuando las aludidas condiciones no se presentan o, simplemente, no se cumplen.

3. La reiteración del carácter laboral de las relaciones configuradas a través de los CPS, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas.

En la sentencia comentada, el Consejo de Estado reitera su precedente en torno a la idea de que, si las pruebas allegadas al proceso acreditan que la prestación de servicios desarrollada por el contratista del Estado se cumplió en el contexto de una relación laboral, debe tal relación declararse en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas.

En decisiones ordinarias anteriores como juez de la relación laboral de carácter legal y reglamentaria, el Consejo de Estado concentraba su atención fundamentalmente en las circunstancias de los casos concretos y en la prueba obrante en el proceso, para establecer si en la situación respectiva se acreditaba la subordinación laboral, entendida como sometimiento a órdenes de un empleador en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo, y el obedecimiento de protocolos de disciplina y organización. En esta ocasión, se muestra pedagógica en la construcción de criterios que permiten indagar y establecer tal subordinación.

A ese respecto menciona algunos que permiten ser utilizados como prueba indiciaria de la subordinación, teniendo en cuenta, por supuesto, las características de la prestación de servicios que se cumple dentro del Estado: el lugar de trabajo, los horarios de labores, la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar por el contratista y, finalmente, la correspondencia de las actividades que el contratista cumple con las que tienen a cargo los servidores de planta. No se descartan, como lo advierte la misma sentencia, otras posibilidades, circunstancias o situaciones que pueden dar lugar establecer relaciones de subordinación con el Estado.

4. La ampliación del marco jurídico para el análisis de los contratos estatales de prestación del servicio: el lenguaje laboral y el lenguaje de la convencionalidad.

No es la primera vez que la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa fundamenta su decisión haciendo uso de un lenguaje predominantemente laboral. Sin embargo, no la regla general. El lenguaje administrativo, atravesado por la principalística del derecho público, apoyado en la legalidad administrativa, en la primacía de los intereses generales, en la

presunción de legalidad y la prerrogativa del poder público, entre otros, es la nota característica de los fallos de esa instancia, aún en su faceta laboral³.

Pero aquí se observa un cambio de tono que llama la atención. El Consejo de Estado no sólo apela a las disposiciones constitucionales que consagran el trabajo como un derecho de gran importancia jurídica, a sus principios fundamentales previstos en el artículo 53, sino que también incorpora en su reflexión el marco jurídico internacional regulatorio del trabajo, linaje por excelencia del derecho laboral, con la finalidad, entre otras, de sustentar el concepto de *trabajo decente*, elemento esencial del desarrollo sostenible y que habitualmente resulta afectado con el uso disfrazado de los CPS.

El Consejo de Estado hace un llamado directo a las normas internacionales pertenecientes al sistema especializado que se origina, orienta y controla por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), del mismo modo que a disposiciones del sistema interamericano de derechos humanos, en particular al Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San Salvador de 1988, que es especialmente relevante en materia de derecho humanos laborales.

Lo anterior muestra que dicha Corporación Judicial efectuó un típico control de convencionalidad⁴, sumando a las fuentes internas los instrumentos internacionales suscritos Colombia, que por esa razón contienen normas vinculantes en el país para aplicar en los casos concretos, con el valor que le imprimen sus condiciones de aplicación, esto es, el *pacta sunt servanda* y el cumplimiento de buena fe por ser tratados internacionales⁵, y la progresividad y *pro homine* por el hecho de pertenecer al sistema internacional de los derechos humanos⁶.

Del mismo modo, resulta muy interesante la valoración que hace el Consejo de Estado de las circunstancias en que se desarrollan los CPS celebrados por las entidades estatales, a partir de la

³ Cfr. Vergara Mesa, H. D. (2015). ¿Rige el derecho del trabajo en la función pública colombiana? Un estudio desde la justicia administrativa. *Opinión Jurídica*, 14(27). Recuperado a partir de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1205>

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, apartados 124 y 1225. El concepto, por ejemplo de trabajo decente y de relación de trabajo encubierta, se proyecta a partir de recomendaciones u otros documentos emanados de la OIT.

⁵ Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados, 1969, art. 26 y 27.

⁶ En el sistema interamericano, cfr. PACADH, Protocolo de San Salvador, 1988, arts. 1 y 4.

normativa prevista en el Código Sustantivo del Trabajo (CST), y no necesariamente de otros referentes jurídicos de derecho público (aunque también los involucra secundariamente). Esto obedece a una relevante estimación del CST como el “estatuto del trabajo” al que alude el artículo 53 de la Constitución, mientras se mantenga la actitud omisiva del legislador en expedir el ordenado por la misma Carta.

Dicho punto es crucial debido a que no sólo se apoya en el CST para derivar los elementos de la relación laboral, sino también para clarificar el concepto de intermediación laboral, que es uno de los aspectos relevantes del caso que fue objeto de revisión. Pero va más allá. La aplicación de esta normativa le permite flexibilizar la regla de la presunción de validez de la actuación pública, pues al caracterizar escenarios típicos de subordinación laboral en el ámbito de las entidades estatales, libera la consecuencia que la norma laboral establece en dichos casos, es decir, la de presumir la existencia de una relación de trabajo al margen de la denominación formal que le hayan dado las partes. Esto, en mi parecer, tiene el efecto de invertir, por así decirlo, la carga de la prueba, algo inusitado cuando se usa el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en tanto la entidad pública tendría la carga de probar que la situación específica no constituía propiamente una subordinación.

5. Modelo de función pública y contratos estatales de prestación de servicios. Un diálogo con la Corte Constitucional.

Como se señaló anteriormente, una de las condiciones que se dispone para la celebración válida de los CPS es la temporalidad, debido a que sólo pueden estipularse por el término estrictamente indispensable. Sobre este particular, el Consejo de Estado agrega en la decisión comentada que con estos contratos “no pueden suplirse, de manera definitiva, las funciones permanentes o misionales de las entidades, pues su ejercicio solo corresponde a vinculaciones legales y reglamentarias”.

En dicho punto el Consejo de Estado entra en un diálogo fluido con la doctrina de la Corte Constitucional, si se toma en cuenta el precedente fijado por ésta en la sentencia C-614 de 2009, el más esclarecedor sobre la materia que se haya emitido hasta el momento. Cabe recordar que en esa ocasión la Corte examinó la constitucionalidad de un apartado del artículo 1 del Decreto ley 3074 de 1968, en el que se contiene la prohibición de suscribir contratos de prestación de

servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración pública, pues para ello se debe proceder a la creación de los cargos requeridos en la respectiva planta de personal.

La Corte declaró la constitucionalidad de la aludida prohibición, con argumentos respaldados en principios constitucionales como la protección especial al trabajo y el mérito. Lo interesante de esta decisión es que la Corte Constitucional toma especialmente en cuenta una realidad que, coincidentalmente, es puesta también de presente por el Consejo de Estado doce años después, y es el uso masivo, desmedido e inconstitucional de los CPS por parte de las entidades públicas.

Pero la Corte aporta algo particularmente útil para establecer cuándo existe un uso inadecuado -o inconstitucional- de los CPS. Se trata de los siguientes criterios: i) cuando las actividades contratadas tienen relación directa con el ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública respectiva; ii) cuando lo tienen con las actividades que hacen parte del giro normal de los negocios de la misma; iii) cuando se trata de actividades similares a las que cumplen los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad; y también, iv) cuando tales actividades se contratan sucesivamente, esto es, se mantienen en el tiempo. En dichos casos, se señala, puede presumirse que se está utilizando irregularmente el CPS.

Pues bien, el Consejo de Estado sigue la misma línea de la Corte Constitucional y se ocupa de establecer una medida de tiempo para determinar razonablemente la temporalidad de los CPS. Para ello hace uso de criterios de interpretación gramatical y teleológica, y estipula un término de 30 días hábiles entre los contratos para definir si hay entre ellos solución de continuidad, sobre todo para aplicar las reglas de la prescripción de los derechos laborales. Si no se supera esa medida de tiempo, se entiende que existe continuidad en el vínculo, y se puede deducir que también existió un uso irregular de CPS.

Cabe indicar que las dos Altas corporaciones judiciales hacen énfasis en lo **permanente** y en lo **misional**, como conceptos a partir de los cuales se puede calificar como inadecuado el uso de los CPS. La pregunta que habría de hacerse es si es lo uno y lo otro, o es lo uno o lo otro. Es decir, ¿solo las actividades estatales que son permanentes y misionales no son susceptibles de ser cumplidas a través de CPS? o ¿no podrían serlo tanto las que son permanentes como las que son misionales? Esto último, en tanto es posible encontrar en las diferentes entidades públicas actividades permanentes y al mismo tiempo misionales (como las que fueron objeto del caso

revisado en la sentencia); pero también actividades permanentes que no son misionales (v.g. las actividades de aseo y vigilancia en las dependencias públicas); así como actividades misionales que no son permanentes (v.g. las que tienen relación con la implementación de los “Acuerdos de La Habana”).

A la postre, detrás de las decisiones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre los CPS, lo que hay es una defensa de un modelo de función pública muy arraigado normativamente en el país. La función pública no se cumple de cualquier modo, sino a partir de ciertos presupuestos que se derivan de la principalística constitucional y de la tradición que sobre ese particular ha tenido Colombia en dicha materia.

El artículo 122 de la Constitución dispone que “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”. A su vez, el artículo 40 consagra como derecho de todos los colombianos el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, lo cual, según lo determina el mismo Texto en el artículo 125, se hace efectivo a través del sistema de carrera, como medio a través del cual se determinan los méritos de los aspirantes.

A lo anterior se suman varias disposiciones legales preconstitucionales, pero aún vigentes, mediante las cuales se dispone que para el cumplimiento de las funciones permanentes deben crearse los empleos necesarios en la respectiva planta de personal (Decreto ley 3074 de 1968, art. 1). Lo que esto quiere indicar es que la función pública colombiana hace una apuesta por el empleo público para el desarrollo de las actividades estatales, por lo menos aquellas que tienen el carácter de funciones públicas; cualquier otro modo de cumplimiento de estas es excepcional o, simplemente, improcedente.

A raíz de lo dicho, una pregunta queda en el ambiente: ¿han quedado prohibidos los CPS para el ejercicio de las funciones públicas?

En mi opinión, esa no es la conclusión a la que se pueda llegar con esta y otras decisiones del Consejo de Estado y de la misma Corte Constitucional. Es posible que las entidades públicas sigan celebrando CPS, incluso tratándose del cumplimiento de funciones que están a su cargo, siempre

que éstas sean a) transitorias, b) no tengan que ver con el objeto misional de la entidad y c) no supongan subordinación. Cuando son transitorias pero misionales y subordinadas, la opción la revela la misma sentencia del Consejo de Estado, en el sentido de que para eso se han dispuesto los empleos temporales.

Otro asunto, que no puede resolverse aquí y es determinante para el ámbito administrativo del Estado, es con respecto a las funciones permanentes que no son misionales. El modelo, en su base normativa, apuesta por la permanencia; en su base jurisprudencial, por el carácter misional. ¿A qué nos puede conducir esta ecuación? ¿Puede apelarse a la intermediación o a la tercerización en tales casos?

Lo único que queda claro es que la subordinación maneja su propia lógica, esto es, independientemente de que aparezca en un contexto de función permanente o en uno función misional, da lugar a la declaratoria de la relación de trabajo, con todo lo que eso supone desde el punto de vista laboral, y ello con cargo al sujeto que sometió bajo su dependencia al prestador del servicio.