



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No. 20221030082921 - OAJ

Fecha: 27-09-2022 05:58

Bogotá D.C.,

[REDACTED]

Asunto: Solicitud de concepto previo radicado Agencia número: 20228002340352 del 2021-09-2.

[REDACTED]

De conformidad con los artículos 614 del Código General del Proceso y 2.2.3.2.1.5 del Decreto 1069 de 2015[1], procede esta Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (en adelante, Agencia) a emitir concepto previo a solicitud suya, con ocasión de la petición de extensión de jurisprudencia formuladas ante su despacho por el señor Gladys Omaira Chaparro Pinzón, en la que se invocó la siguiente sentencia:



Referencia:	05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016)
Radicado:	SUJ-025-CE-S2-2021
Corporación:	Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Segunda
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Gloria Luz Manco Quiroz
Demandado:	Municipio de Medellín - Personería de Medellín y otro
Fecha de la sentencia	9 de septiembre de 2021
Tema	Contrato estatal de prestación de servicios, relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social en salud. Sentencia de unificación por importancia jurídica
Sentencia	

La peticionaria con la citada decisión pretende que la Gerente de la E.S.E SALUD del Tundama extienda los efectos de la sentencia invocada y reconozca a su favor lo siguiente:



“(...)ACATAR Y DAR CUMPLIMIENTO a la Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021 (...).

Tercera: Que en obedecimiento a la sentencia de unificación dictada por el H. Consejo de Estado, SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, en la cual se determinó el procedimiento a seguir para comprobar si existía una verdadera contratación pública en relación a las leyes 80 de 1992, 1150 de 2007, 1474 de 2011 y 1882 de 2018, en sus calidades de la temporalidad, especial y excepcional, del objeto del contrato público ;o, si se trataba de un contrato laboral o una relación legal y reglamentaria encubierta, donde, es un DEBER LEGAL, darle aplicación al art. 53 de la C. P., en la modalidad de la figura jurisprudencial y doctrinal denominada CONTRATO REALIDAD en razón al PRINCIPIO DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES, tal como lo fue la RELACION LEGAL y REGLAMENTARIA que unía a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO –E.S.E. SALUD DEL TUNDAMA, con la Odontóloga GLADYS OMAIRA CHAPARRO PINZON; por ende, y de forma respetuosa, solicito a la Gerente de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO –E.S.E. SALUD DEL TUNDAMA, RECONOZCA la calidad de EMPLEADA PÚBLICA, a GLADYS OMAIRA CHAPARRO PINZÓN, por tener una labor o función propia del objeto misional de ustedes, desempeñándose como odontóloga, cargo que debe ser de planta.

CUARTA: Que en acatamiento a la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 señalada, la cual determinó que las personas vinculadas a un ente público por contratos sucesivos e inmediatos de prestación de servicios se les debe considerar trabajadores oficiales o empleados públicos; y, en obedecimiento a la ley, ORDENE a quien corresponda, RECONOCER, a favor de GLADYS OMAIRA CHAPARRO PINZÓN, durante la totalidad del tiempo laborado; es decir, desde el 21 de abril del 2016 y hasta el 30 de septiembre del 2019, fechas que obran según los contratos suscritos, los siguientes factores salariales señalados en el Decreto Ley 1042, art. 42 y Decreto Ley 1045 art. 45 de 1978:

?Respecto a los pagos salariales y prestacionales, en el lapso de abril de 2016 y el 30 de septiembre de 2019, son los siguientes:

a) La asignación básica mensual. (VALOR YA CANCELADA EN LA EJECUCION DEL CONTRATO.b) Los gastos de representación y la prima técnica ;c) Los dominicales y feriados ;d) Las horas extras ;e) Los auxilios de alimentación y transporte; f) La prima de navidad; g) La bonificación por servicios prestados; h) La prima de servicios; i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;k) La prima de vacaciones; l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; II) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.”



QUINTA: Con base a lo anterior LIQUIDE y PAGUE, los factores precedentemente referidos, así como lo correspondiente a las cesantías, intereses a las cesantías y la sanción o indemnización por no pago de los intereses a las cesantías, tal como lo dispone la Ley 244 de 1.995 y/o el art. 99 de la Ley 50 de 1990; teniendo en cuenta para la liquidación un VALOR MENSUAL de TRES MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOSM/CTE(\$3.766.333,oo).

SEXTA: Se RECONOCERÁ, LIQUIDARÁ Y PAGARÁ, en su totalidad, los pagos que GLADYS OMAIRA CHAPARRO PINZON, tuvo que realizar en relación al Sistema de la Seguridad Social en Pensión, en el monto en los cuales ella tuvo que realizar el pago en relación a cada contrato; por lo que la entidad debe solicitar a PORVENIRFONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS, para que realice el cálculo actuarial, teniendo como último ingreso mensual la suma de TRES MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOSM/CTE(\$3.766.333,oo), cotizando, además sobre los factores señalados en el Decreto 691 de 1994 artículo 6°, modificado por el artículo 1° de la Ley 1158 de la misma anualidad. SÉPTIMA: Se RECONOCERÁ, LIQUIDARÁ Y PAGARÁ, en su totalidad, las incapacidades continuas que tiene la Odontóloga GLADYS OMAIRA CHAPARRO PINZON, desde el 29 de julio de 2019 a la fecha, con un salario de TRES MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS(\$3.766.333,oo), INDEXADO descontando lo pagado a ella por su vinculación como trabajadora independiente, y, con el salario mínimo mensual legal vigente para cada anualidad, de las cuales se anexa copia de las diferentes incapacidades.”[1]

Precisado el propósito de la peticionaria con su solicitud de extensión de jurisprudencia, se hace necesario indicar que el concepto previo que le corresponde emitir a la Agencia tiene por objeto verificar si la providencia invocada por la solicitante corresponde al concepto de sentencias de unificación, como lo exige el Artículo 102 del CPACA y conforme a las modalidades de sentencias de unificación jurisprudencial que contempla el Artículo 270 del mismo Código. Cabe advertir que de acuerdo con el Parágrafo del Artículo 2.2.3.2.1.5 del Decreto 1069 de 2015, dispuso lo siguiente:

(...) la valoración de las pruebas y la verificación de los supuestos de hecho de cada caso concreto corresponderá a la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, en los términos del artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1. Principales consideraciones de la Sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 que invocó la peticionaria

En esta sentencia, la Sección Segunda del Consejo de Estado, decidió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la Personería de Medellín contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, de 11 de diciembre de 2015, a través de la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

Respecto de los antecedentes y situaciones fácticas que rodearon el caso objeto de la sentencia invocada, tenemos que se desarrollaron, así:

1. Antecedentes



- En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138 de la Ley 1437 de 2011), la ciudadana Gloria Luz Manco Quiroz demandó a la Personería de Medellín-municipio de Medellín y al Instituto Tecnológico Metropolitano (ITM) de Medellín.
- Inicialmente, el asunto correspondió por reparto al despacho del consejero William Hernández Gómez; sin embargo, registrado el proyecto para fallo, este fue derrotado por la mayoría de la Sala, por lo que el asunto se remitió al despacho del consejero Rafael Francisco Suárez Vargas para su estudio.

1.2. Hechos

(i) La señora Gloria Luz Manco Quiroz 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.

(ii) Dentro de sus funciones, que aduce fueron permanentes, estaba la de abogada asesora en atención al público, con el desarrollo de las siguientes actividades: atención al público, atención prioritaria a víctimas desplazadas, proyección de acciones de tutela para proteger los derechos de las víctimas del conflicto y de la ciudadanía en general, elaborar recursos contra los actos administrativos de Acción Social², atender acciones urgentes por problemáticas de orden público en Medellín, efectuar recorridos nocturnos en zonas urbanas conflictivas, verificar situaciones de posibles vulneraciones de derechos humanos en los centros de retención transitoria, acompañar a la ciudadanía en situaciones de conflicto con las autoridades, verificar y controlar las actividades electorales y atender emergencias humanitarias.

(iii) Fue contratada a través del Instituto Tecnológico Metropolitano (ITM), con el cual celebró múltiples y sucesivos contratos de prestación de servicios. No obstante, dicho instituto es una entidad de servicios educativos, por lo que no tiene ninguna relación con las actividades de la Personería de Medellín, y solo fue un mero intermediario.

(iv) 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.

(v) 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.

(vi) Fue supervisada, dirigida, controlada y vigilada por el personero delegado a cargo, quien fungía como su jefe inmediato, impariéndole órdenes de forma habitual y autorizando los permisos que solicitaba. Además, la entidad le exigía tener disponibilidad permanente para la prestación del servicio.



(vii) El 7 de noviembre de 2012, la demandante solicitó a la Personería de Medellín y al Instituto Tecnológico Metropolitano el reconocimiento de la relación laboral y el pago de las prestaciones que se derivaran de este; sin embargo, primero el ITM, mediante respuesta de 9 de noviembre de 2012, y luego la Personería, a través del oficio 20130100893695OFE, de 18 de enero de 2013, negaron la petición.

(viii) El 14 de febrero de 2013, la demandante insistió ante ambas entidades con iguales solicitudes, pero estas, mediante sendos oficios de 25 de febrero y de 5 de marzo de 2013, respectivamente, respondieron nuevamente de forma negativa.

1.3. La sentencia recurrida

La Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia de 11 de diciembre de 2015, resolvió lo siguiente:

[...]

PRIMERO: NO DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada (PERSONERÍA DE MEDELLÍN) con respecto a los derechos derivados del contrato ejecutado entre el 29 de diciembre de 2005 y el 30 de diciembre de 2011.

SEGUNDO: SE DECLARA LA NULIDAD del acto administrativo complejo contenido en el Oficio del 18 de enero de 2013 y del 5 de marzo de 2013 por medio del cual la Personería de Medellín negó las pretensiones elevadas por la demandante el 7 de noviembre de 2012 y el 14 de febrero de 2013 tendientes al reconocimiento de derechos de orden laboral.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, el MUNICIPIO DE MEDELLÍN – PERSONERÍA MUNICIPAL deberá reconocer y pagar a la señora GLORIA LUZ MANCO QUIROZ las prestaciones sociales dejadas de percibir dentro de los períodos que se ejecutaron los contratos 48, 448, 435, 2823, 447, 2298, 976, 2537, 815, 2803. 1172, 62, 4216, 72, 857, 1472, 4164, 721 y 1176, liquidadas conforme al valor pactado en los contratos suscritos, debidamente indexadas.

CUARTO: SE CONDENA 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. [...]

SEXTO: Se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el ITM.

SÉPTIMO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda. [...]"

En resumen, el Tribunal concluyó que se dio la configuración de los tres elementos del contrato de trabajo; pues la demandante desempeñó sus funciones en las instalaciones de la Personería Municipal y bajo subordinación del personero; además de recibir remuneración por la prestación de sus servicios



1.4. Del recurso de apelación

La alzada fue ejercida tanto por la parte demandante como por la Personería de Medellín. El Instituto Tecnológico Metropolitano no presentó apelación.

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, previo a resolver el caso, determinó que tiene la competencia para proferir sentencias de unificación por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, al observar que estaban dados los presupuestos previstos en el Artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 y artículos 14 y 17 del Acuerdo 080 de 12 de marzo de 2019 -Reglamento del Consejo de Estado, por tal razón indicó que procede a unificar jurisprudencia respecto a los siguientes temas:

- i) Sentido y alcance de la expresión «término estrictamente indispensable» (temporalidad) contenido en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993;
- ii) Delimitación del término de solución de continuidad en los contratos estatales de prestación de servicios que ocultaron la existencia de una relación laboral que se declara, a efectos de determinar la prescripción de derechos; y,
- iii) Improcedencia de la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud efectuados por el contratista. Lo anterior sin perjuicio de que la Sala pueda pronunciarse sobre la finalidad del contrato estatal de prestación de servicios, a fin de ofrecer seguridad jurídica a las autoridades administrativas y judiciales, para que decidan uniformemente los asuntos puestos a su conocimiento, y así garantizar el derecho fundamental de igualdad de quienes acuden a la justicia contencioso- administrativa.

1.5. Problema Jurídico

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, planteó el siguiente **problema jurídico a resolver dentro de la sentencia de unificación**:

De acuerdo con los argumentos expuestos por ambas partes en la alzada, corresponde a la Sala resolver las siguientes cuestiones: i) si entre la demandante y la Personería de Medellín- municipio de Medellín existió una relación laboral encubierta o subyacente mediante contratos estatales de prestación de servicios; de ser así, si tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales; ii) en caso de comprobarse la relación laboral, determinar, conforme a la ley y a la jurisprudencia del Consejo de Estado,¹¹ si debe declararse la prescripción extintiva frente a alguno o todos los períodos de vinculación de la demandante; y, iii) si resulta procedente ordenar la devolución de los aportes efectuados por la demandante, como contratista, al sistema de la Seguridad Social en salud



Con el propósito de iniciar su explicación, la Sección Segunda indicó que la Constitución Política de 1991 en la parte dogmática, especialmente en el Preámbulo de la Constitución, acogió como valores, objetivos y principios de la Nación «la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo», de igual manera, refirió los artículos 13 y 25 ejusdem en los cuales se desarrollan, como derechos fundamentales, la igualdad y el trabajo digno; y finalmente, recalcó el artículo 53 constitucional en donde se consagraron los derechos fundamentales de los trabajadores, recogiendo como tales, los siguientes: i) igualdad de oportunidades para los trabajadores; ii) remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; iii) estabilidad en el empleo; iv) irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; v) facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; vi) situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; vii) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; viii) garantía a la Seguridad Social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario, y; ix) protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

Concluye la Sala que la finalidad de presentar este articulado no es otra que la de exigir al legislador la materialización uniforme, en los distintos regímenes, de los principios mínimos sustantivos que protegen a los trabajadores y su garantía. Por lo tanto, toda relación jurídica que implique conductas o actividades laborales, incluidas, claro está, aquellas en las que el Estado es el empleador, deberá ser analizada con base en dichos principios y bajo una perspectiva ampliamente garantista.

En esa misma línea, la Sala puntualizó que el artículo 122 de la 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», define una característica esencial de las relaciones laborales de naturaleza legal y reglamentaria y constituye fundamento constitucional para prohibir la suscripción de contratos de prestación de servicios para vincular personas en el desempeño de funciones propias o permanentes de las entidades estatales.

Por otro lado, la Sección segunda indicó que el Código Sustantivo de Trabajo, en sus artículos 23 y 24, recoge a nivel legal, como elementos que configuran la relación laboral, los siguientes: i) la actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador; y, iii) un salario como retribución del servicio. Con base en estos presupuestos, esta corporación ha determinado la existencia del vínculo laboral en contratos de prestación de servicios, pues a falta de un estatuto del trabajo, es este, y no otro, el marco jurídico que ofrece el ordenamiento, junto con los principios fundamentales del artículo 53 superior, para hacer efectiva la garantía de los derechos de las personas que se relacionan laboralmente con el Estado.

- **Del Contrato estatal de prestación de servicios.**

Precisó la Sala frente a este punto que el contrato de prestación de servicios es uno de los instrumentos de gestión pública y de ejecución presupuestal más importantes de la Administración para satisfacer sus necesidades y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, es un tipo de



Sintetizando la normativa, la Sección segunda consideró las siguientes características del contrato de prestación de servicios:

- (i) Solo puede celebrarse por un «término estrictamente indispensable» y para desarrollar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes de esta.
- (ii) Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados».
- (iii) El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determine que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales»

Concluyó la Sección Segunda que los contratistas estatales son simplemente colaboradores episódicos y ocasionales de la Administración, que vienen a brindarle apoyo o acompañamiento transitorio a la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación algún ánimo o vocación de permanencia, además, su objeto contractual deberá atender funciones ocasionales por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra pública y también de manera excepcional funciones pertenecientes al objeto misional de la entidad siempre que no haya suficiente personal de planta o requiera conocimientos especializados.

En cuanto a la relación laboral señaló la Sala que si bien es cierto el contrato de prestación de servicios no es fuente de una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, han admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de la relación laboral adicionalmente se indicó que se debe prevalecer el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades conforme al artículo 53 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

- **Estudios previos**

La Administración Pública debe dar aplicación a un plan en cada uno de sus procesos de selección, en especial, en los que lleva a cabo de forma directa. Así lo consideró el legislador al redactar el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, donde, en este último, bajo la figura denominada «maduración de proyectos», dispuso la exigencia de elaborar estudios, diseños y proyectos, y los pliegos de condiciones, según corresponda, con anterioridad a la apertura de un proceso de selección o a la firma de un contrato si la modalidad de contratación es la directa. En la práctica, al conjunto de estas exigencias se le ha designado «estudios previos».



En este sentido, señaló la Sección segunda que para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tramo negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «témino estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la situación que subyace una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.

- **Subordinación continuada**

De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye el elemento determinante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio[2].

La Sala expone como indicios de subordinación, así:

i) el lugar de trabajo: Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

ii) el horario de labores: Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.



iii) la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar: Indicó la Sección Segunda del Consejo de Estado que la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación y en el mismo es necesario que el demandante pruebe su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual y de acuerdo a la sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral: El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

- **Prestación personal del servicio**

Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este, según lo establecido en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

- **Remuneración**

Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó.

- **Límite a la indebida celebración de contratos de prestación de servicios**

Respecto al tema, señaló la Sala que la preocupación del legislador por prevenir el empleo del contrato de prestación de servicios, para disimular relaciones laborales, no es nueva, y desarrolló sucintamente la evolución en la materia definiendo las siguientes normas: i) Decreto 2400 de 1968; ii) Decreto 1950 de 1973, iii) Decreto 150 de 1976; iv) artículo 32 de la Ley 80 de 1993, v) Ley 734 de 2002, vi) Ley 1150 de 2007, vii) Decreto 2474 de 2008, viii) Decreto 4266 de 2010, ix) artículos 2.2.1.2.1.4.9. y 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015.

Además recalcó que en materia disciplinaria, la Ley 1952 de 2019[3] recogió en su artículo 54, las «faltas gravísimas», dentro de las cuales se encuentra la celebración de contratos de prestación de servicios «cuando el objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.



Concluyó la Sala que el ordenamiento jurídico nacional proscribe la simulación del contrato estatal de prestación de servicios para evadir el pago de prestaciones sociales y otras garantías propias de la relación laboral oculta, en tanto dicha práctica no solo es contraria a la Constitución y a la ley, sino que conduce, irremediablemente, a la precarización de las condiciones socioeconómicas mínimas para la supervivencia digna de los trabajadores.

Por todo lo anterior, siendo consciente de la complejidad de la Administración Pública y de sus necesidades, pero con el ánimo de reducir las posibilidades de emplear el contrato de prestación de servicios para ocultar el desarrollo de actividades misionales asignadas a cada ente, y la consecuente declaración judicial de una relación laboral encubierta o subyacente, la Sala apela a la Administración para que acuda de manera permanente a la figura de empleos temporales.

1.6. Análisis del caso en concreto

El recurso de apelación se formuló contra la sentencia del 11 de diciembre de 2015, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, a través de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada contra el oficio de la Personería de Medellín 20130100917565OFE de 5 de marzo de 2013, desestimatorio de la petición de reconocimiento de una relación laboral y del pago de las correspondientes prestaciones sociales. En este orden de ideas, el estudio de la Sala se contrajo a los motivos de impugnación propuestos por los apelantes[4].

Avanzando en el tema, la Sección segunda indicó que la parte demandante solicitó en la apelación que se reconozca la existencia de la relación laboral entre el 29 de diciembre de 2005 y el 2 de enero de 2012 de forma ininterrumpida y no teniendo en cuenta los interregnos entre contratos, por lo que solicita confirmar parcialmente la decisión y reconocer los extremos temporales de la relación laboral.

A su turno, la Personería de Medellín reitera su falta de legitimación en la causa por pasiva y la necesidad de vincular al Municipio de Medellín, argumentando la falta de capacidad de la Personería para comparecer en juicio, además, indicó que la demandante suscribió con el Instituto Tecnológico Metropolitano los contratos de prestación de servicios en el marco de un convenio interadministrativo con el municipio, sin la intervención de la Personería como parte contratante y finalmente en cuanto al carné de identificación de la Personería se mostró inconforme por haberse admitido como prueba para acreditar su condición de empleada.

A continuación, la Sala para el estudio del caso desarrolló los siguientes puntos:

-Hechos probados dentro del proceso judicial de la señora Gloria Luz Manco Quiroz

(i) La señora Gloria Luz Manco Quiroz 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 30 de noviembre de 2011.



(ii) Dentro de sus funciones ordinarias estaba la de abogada asesora en atención al público, desempeñando, entre otras, las siguientes actividades: atención prioritaria a víctimas desplazadas, proyección de acciones de tutela para proteger los derechos de las víctimas del conflicto y de la ciudadanía en general, elaborar recursos contra los actos administrativos de Acción Social,⁹¹ atender acciones urgentes por problemáticas de orden público en el municipio de Medellín, efectuar recorridos nocturnos en zonas urbanas conflictivas, verificar situaciones de posibles vulneraciones de derechos humanos en los centros de retención transitoria, acompañar a la ciudadanía en situaciones de conflicto con las autoridades, verificar y controlar las actividades electorales, y atender emergencias humanitarias.

(iii) Fue contratada a través del Instituto Tecnológico Metropolitano (ITM), con el cual celebró múltiples y sucesivos contratos de prestación de servicios profesionales, referenciados más adelante, y por los cuales recibió una contraprestación económica periódica.⁹³ No obstante, dicho instituto es una entidad de servicios educativos, por lo que no tiene ninguna relación con las actividades de la Personería de Medellín y actuó como intermediario.

(iv) Ejerció sus funciones en un 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, sábados, domingos y festivos.

(v) Sus actividades profesionales –algunas de alto riesgo- eran de carácter permanente, propias de la Personería de Medellín, la cual le proporcionó la infraestructura y el transporte para su cumplimiento

(vi) Fue supervisada y dirigida por el personero delegado a cargo, quien fungía como su jefe inmediato, impariéndole órdenes de forma habitual y autorizaba sus permisos; además, aquél le exigía tener disponibilidad permanente

(vii) El 7 de noviembre de 2012, la demandante solicitó de la Personería de Medellín y del Instituto Tecnológico Metropolitano el reconocimiento de la relación laboral y el pago de las prestaciones que se derivaran de esta;⁹⁷ sin embargo, primero el ITM, mediante respuesta de 9 de noviembre de 2012; y luego, la Personería, a través del oficio 20130100893695OFE, de 18 de enero de 2013, le negaron la petición.

(viii) El 14 de febrero de 2013, insistió ante ambas entidades con iguales solicitudes;⁹⁹ pero estas, mediante oficios de 25 de febrero y de 5 de marzo de 2013, respectivamente, respondieron de nuevo de forma negativa.

-De la falta de legitimación dellInstituto Tecnológico Metropolitano



La sala abordó la falta de legitimación en la causa por pasiva del Instituto Tecnológico Metropolitano indicando que si bien es cierto el Instituto suscribió los contratos de prestación de servicios con la demandante, lo hizo en el marco de un convenio interadministrativo con el municipio de Medellín, por tal motivo, la Sección Segunda determinó que en dichos contratos operó la figura de simple intermediación regulada en el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo al concluirse que si bien es cierto el pago lo realiza el contratante, el beneficiario de los servicios no fue él, sino un tercero ajeno a la relación contractual.

En este punto la Sección Segunda señaló que en el sub lite, la prueba recaudada es reveladora respecto de la realidad oculta tras los contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora Gloria Luz Manco Quiroz y el Instituto Tecnológico Metropolitano, concluyéndose que la beneficiaria directa de los servicios de la demandante era la Personería de Medellín y frente a ella se materializaron las condiciones de subordinación típicas de una relación laboral

La Sala precisó que, si la Personería de Medellín sobrepasó los límites de la relación contractual con la señora Gloria Luz Manco Quiroz, al punto de constituir una auténtica relación laboral con ella, el Instituto Tecnológico Metropolitano no puede verse afectado por esta actuación, comoquiera que solo sirvió de enlace entre ese organismo, que se invistió de empleador, y la contratista que tuvo que desarrollar sus actividades como si fuese empleada suya.

Finalmente, la Sección Segunda resolvió el primer problema sosteniendo la tesis de que en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas (artículo 53 de la Constitución Política), la relación jurídica que unía a las partes es la de una relación laboral encubierta o subyacente, toda vez que en el plenario se probaron los elementos esenciales de esta y, además, la referida vinculación se extendió en el tiempo a través de diversos contratos sucesivos con un objeto semejante.

• **Prestación personal del servicio**

La Sala destacó que la demandante para probar la prestación personal del servicio allegó en primer lugar el «Convenio interinstitucional de cooperación para el funcionamiento de una unidad permanente de los Derechos Humanos en la ciudad de Medellín», suscrito entre el municipio y la Personería de Medellín en el año 2005, a través del cual el ente territorial expone la necesidad de atender los problemas sociales generados por la amenaza o violación de derechos humanos en su jurisdicción.

En segundo lugar, aportó los convenios interadministrativos entre la Personería de Medellín, y el Instituto Tecnológico Metropolitano, en los cuales este último se comprometió a ejecutar el proyecto de creación de una unidad permanente de derechos humanos, creando la relación laboral de la demandante con la Personería mediante un contrato de prestación de servicios suscrito al amparo de un convenio entre la Personería de Medellín y el ITM.



En tercer y último lugar, por los contratos de prestación de servicios que en virtud de dichos convenios celebró el ITM con la señora Manco Quiroz, revelan la vocación personalísima de las actividades que ella debía desarrollar «[...] apoyo jurídico a la Oficina de Derechos Humanos y asesoría para garantizar la promoción, defensa y protección de los derechos humanos [...]. Es decir, actividades personales o intuito personae y, por lo tanto, exclusivas de la contratista y que no pudo delegar en terceros por su propia voluntad

-Subordinación o dependencia

La Sección Segunda indicó que, una vez examinado el material probatorio en su conjunto, se observó que el objeto para el cual era contratada la señora Manco Quiroz, en cada vinculación tenía como fin la prestación de servicios profesionales como contratista en la gestión de apoyo jurídico a la oficina de Derechos Humanos y asesoría para garantizar la promoción, defensa y protección de los derechos humanos, en ejecución del Convenio Interadministrativo.

Ahora bien, se determinó que de las obligaciones contractuales podría inferirse una necesidad constante de la presencia de la demandante, adicionalmente la Personería insistió en que a la señora Manco Quiroz no se le fijaban turnos de atención al público de forma unilateral; sino que, se pactaban de común acuerdo con ella a partir de las propuestas que elaboraba y presentaba para la coordinación de actividades. No obstante, dichas «propuestas» no se encuentran. Sin estas, no es posible acreditar la prestación de los servicios de la demandante en los horarios o turnos para los que pudo comprometerse y desvirtuarse así alguna modificación unilateral de las circunstancias de tiempo por parte de la entidad. En cambio, se observaron otros elementos probatorios –comunicaciones y oficios- entre otros, los oficios 20070100100722OFE, de 7 de febrero de 2007120 o 20110100647678OFI, de 28 de junio de 2011,121 cuyo contenido permite inferir la discrecionalidad de la entidad para fijar, unilateralmente, la fecha y la hora en las que la demandante debía recibir dichas capacitaciones, también el oficio 20060100074664OFI, de 31 de octubre de 2006,122 deja entrever el grado de subordinación de la demandante respecto del personero delegado y coordinador de la Unidad Permanente para los Derechos Humanos –su jefe inmediato-, pues este le indica el deber de iniciar un plan de capacitación incluso fuera de los turnos convenidos, situaciones que confirman la existencia de una auténtica relación subordinada entre la demandante y la Personería de Medellín.

La Sala encontró probado que la Personería de Medellín, si bien es cierto que, durante la relación, coordinó con la señora Gloria Luz Manco Quiroz algunas de sus labores (como lo alega en la apelación), también lo es que la dirigió mediante órdenes e instrucciones precisas, propias del rol de un empleador

• **Remuneración**

La Sección Segunda señaló que, en lo relacionado con el pago de un salario periódico a la demandante, dicho requisito quedaba acreditado con las copias de las «nóminas» a nombre de la señora Manco Quiroz, que dan cuenta de la remuneración efectuada mensualmente por el Instituto Tecnológico Metropolitano a la demandante, y que constituyen prueba suficiente para acreditar la contraprestación que percibía por los servicios prestados en la Unidad de Derechos Humanos.



Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, la Sala encontró plenamente acreditados los elementos esenciales de una relación laboral entre la demandante y la demandada, en consecuencia, consideró que la decisión Tribunal Administrativo de Antioquia se profirió conforme a derecho.

1.6.1. De la prescripción extintiva frente a alguno o todos los periodos de vinculación de la demandante con la entidad

La Sección Segunda indicó que su tesis frente al tema es la siguiente: para efectos de la prescripción del derecho, solo se tienen en cuenta los periodos acreditados a través de los contratos de prestación de servicios, y se aplicará el término de los treinta (30) días hábiles para determinar la no solución de continuidad.

La demandante allegó como material probatorio los contratos de prestación de servicios con las correspondientes actas de inicio, con las cuales la Sala concluye que la señora Gloria Luz Manco Quiroz estuvo vinculada con la Personería de Medellín, a través del Instituto Tecnológico Metropolitano, prestó sus servicios profesionales a la Personería de Medellín en una única y continuada relación laboral, que dio inicio el 29 de enero de 2005 y finalizó el 30 de diciembre de 2011.

En cuanto a la prescripción, se tiene que el 7 de noviembre de 2012, la señora Gloria Luz Manco Quiroz presentó la primera reclamación de reconocimiento y pago de sus acreencias laborales ante la entidad, frente a lo cual se concluye que su solicitud se encontraba dentro del término legalmente establecido para ello, y, por lo tanto, no hay lugar a declarar la prescripción sobre ningún periodo contractual.

1.6.2. Devolución de los aportes al sistema de la Seguridad Social en salud realizados por la demandante en exceso

La tesis de la Sala para este punto fue la siguiente: aunque se le haya reconocido una relación laboral a la contratista, no procede la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud que sufragó bajo el régimen contractual.

La Sección Segunda indicó que los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal, estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, por tal razón no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que de admitirse esa pretensión

Concluyó la Sala respecto a la devolución de los aportes que no hay lineamientos jurídicos que permitan la posibilidad de la devolución de los aportes a salud que efectuó como contratista, comoquiera que estos fueron debidamente cotizados al sistema general de Seguridad Social en salud, al existir una obligación legal de realizar dicha contribución.



2. Síntesis de las reglas objeto de unificación

Como síntesis de las reglas objeto de unificación la Sección Segunda indicó las siguientes:

-Primera regla: define que el «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 u ocasional y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

-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.

-Tercera regla: determina que, frente a la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.

3. Valoración del carácter de unificación de la sentencia invocada

El Artículo 102 del CPACA establece el deber de las autoridades de extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho y se acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

En desarrollo de lo expuesto, es preciso recordar que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 270 y 271 del CPACA, las sentencias de unificación jurisprudencial cuyos efectos pueden ser extendidos a terceros por las autoridades, son las que pertenecen a las siguientes categorías:

- a) Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.
- b) Las proferidas al decidir los recursos extraordinarios.
- c) Las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36 A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

En relación con las sentencias por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de sentar o unificar la jurisprudencia, debe precisarse que el Artículo 271 del CPACA prevé las autoridades judiciales que las pueden proferir:



- a) La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo puede asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las Secciones o Subsecciones o de los Tribunales, o a petición del Ministerio Público.
- b) Las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones de la Corporación o de los Tribunales, según el caso.

Ahora bien, la Agencia analizó la Sentencia de unificación por importancia jurídica del 9 de septiembre de 2021 conforme con los artículos 270 y 271 del CPACA, y concluyó que se ajusta a los parámetros que en éstos se consagra, en tanto que, la Sala Plena de Con jueces de la Sección Segunda acató con cada una de las condiciones establecidas en los artículos mencionados.

4. Conclusión y concepto previo de la Agencia

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Agencia concluye que la Sentencia invocada por la peticionaria que fue dictada el 9 de septiembre de 2021, proferida por la Sala Plena de la Sección Segundad del Consejo de Estado, corresponde a una sentencia de unificación jurisprudencial en atención a lo preceptuado por los artículos 270 y 271 del CPACA.

Al margen de lo anterior y de acuerdo con lo previsto en el Parágrafo del Artículo 2.2.3.2.1.5, corresponderá a la E.S.E. Salud del Tundema, efectuar la valoración de las pruebas y la verificación de los supuestos de hecho del caso concreto y en ese sentido, según lo explicado debe verificar si el contenido de la solicitud de extensión de jurisprudencia ya es objeto de un proceso judicial, situación que en caso de presentarse deberá ser analizada de acuerdo con lo previsto en los artículos 102 y 269 del CPACA y la jurisprudencia del Consejo de Estado. Así mismo, deberá constatar que la situación jurídica y fáctica se acoja a la línea de interpretación en la que puntualizó la sentencia objeto de estudio y revisar los términos de prescripción en cada caso.

Este concepto se emite en los términos del Artículo 28 del CPACA y del Parágrafo del Artículo 2.2.3.2.1.7 del Decreto 1069 de 2015, es decir, no es de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

Firmado Electronicamente por: CLARA NAME BAYONA No. Radicado: 20221030082921 Dependencia: OFICINA ASESORA JURIDICA - Jefe
--

[1] Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

[1] Tomado de Solicitud de aplicación de sentencia de Unificación-Extensión de sentencia de Unificación a terceros por hechos y derechos Iguales, de la señora GLADYS OMAIRA CHAPARRO PINZON

[3] La cual derogó la Ley 734 de 2002

[4] Según lo dispone el artículo 328 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA en los aspectos no regulados por ese código.

Elaboró: Raquel Ramírez- Abogada OAJ

