



CIRCULAR N°

PARA: SECRETARIOS DE DESPACHO, DIRECTORES DE DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS, GERENTES, JEFES DE OFICINA Y DEMÁS SERVIDORES PÚBLICOS QUE PARTICIPAN EN LA GESTIÓN CONTRACTUAL.

DE: SECRETARÍA GENERAL.

ASUNTO: CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – SENTENCIA DE UNIFICACIÓN SUJ-025-CE-S2-2021, PROFERIDA POR EL CONSEJO DE ESTADO EL 09/09/2021, RADICADO: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-2016) – DIRECTRICES PARA SU APLICACIÓN.

La Secretaría General, en cumplimiento de su función de orientar jurídicamente la gestión administrativa del Departamento de Antioquia y propendiendo por fomentar la cultura de prevención del daño antijurídico en el ámbito contractual, considera pertinente dar a conocer algunos aspectos relevantes de la Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021 proferida por el Consejo de Estado, e impartir las siguientes directrices con el fin de garantizar su conocimiento y aplicación:

➤ NATURALEZA DE LA SENTENCIA Y EFECTOS

Es importante resaltar que la precitada providencia es una sentencia de unificación jurisprudencial “*por importancia jurídica*”, proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 78 de la Ley 2080 de 2021, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 14 y 17 del Acuerdo 080 de 12 de marzo de 2019 (Reglamento del Consejo de Estado). Al respecto, es de anotar que el Consejo de Estado, actúa como tribunal supremo de lo contencioso administrativo y las reglas fijadas en dicha providencia, en lo que atañe a los temas objeto de unificación, constituyen precedente jurisprudencial que tiene carácter vinculante, en los términos de los artículos 10, 102, 270 y 271 de la Ley 1437 de 2011, que debe ser considerado para todos los casos pendientes de solución, tanto en la vía administrativa como judicial, salvo los eventos en que haya operado la cosa juzgada.

➤ REGLAS ESTABLECIDAS EN LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

En la providencia en mención, se aborda el análisis de los siguientes temas: Contrato estatal de prestación de servicios, relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social en salud. Por medio de la aludida sentencia, se unifica la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, estableciendo las reglas relacionadas a continuación, en lo que respecta a los contratos de prestación de servicios que encubren o subyacen una relación laboral:

“(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.”

- Acorde con el análisis efectuado por el Consejo de Estado, se delimita el alcance del «término estrictamente indispensable» como “*aquel que aparece expresamente*

4



estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento.”

“(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.”

- Es importante anotar que la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, contempla un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios, pero en la parte considerativa de la providencia, la misma Sala, precisa que dicho término no debe entenderse como una “camisa de fuerza” sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, con el fin de establecer la no solución de continuidad en el caso específico y para el cómputo del término de prescripción de los posibles derechos que sean objeto de reclamación por vía judicial.

En este contexto, se debe tener en cuenta que la providencia referida no implica prohibición para que **eventualmente** se celebren contratos de prestación de servicios de forma sucesiva, en los cuales se presente una interrupción menor a los treinta (30) días hábiles, toda vez que por ese solo hecho no se origina la existencia de un contrato realidad, teniendo en cuenta que para tal efecto resultaría necesario que se configuren y acrediten probatoriamente todos los elementos que constituyen una relación laboral¹, por lo cual, es pertinente recordar que de acuerdo con la jurisprudencia reiterativa de las Altas Cortes, se configura relación laboral cuando: i) Se presten servicios personales, ii) Se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) Se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado.

De manera adicional, es crucial mencionar que los efectos que se derivan de la sentencia en cita, se verán reflejados en los casos sometidos al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que se precisa que la carga de la prueba sobre los elementos que pueden configurar una relación de carácter laboral recae en el contratista prestador del servicio, razón por la cual se advierte a los ordenadores del gasto como también a los supervisores o interventores, que no deberán promover actuaciones que puedan generar un daño antijurídico para el Departamento de Antioquia en calidad de entidad contratante, esto es, no deben

¹ Esta interpretación se plantea con el mismo enfoque de la interpretación adoptada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en su Comunicación Interinstitucional del 20 de octubre de 2021, dirigida a los Jefes de Oficinas Asesoras Jurídicas y Defensores(as) de las Entidades Públicas del Orden Nacional, por la cual se imparte “Lineamiento sobre la interpretación y aplicación de la Sentencia de Unificación No. 2013- 01143 proferida por el Consejo de Estado en relación con la configuración del contrato realidad”, que en su numeral III. Reglas objeto de unificación jurisprudencial, literal b. Término de interrupción de la solución de continuidad en los contratos de prestación de servicios, numeral 5, establece lo siguiente: “5. El límite temporal establecido por la alta corporación no supone una prohibición para celebrar contratos de prestación de servicios de manera sucesiva, antes del término de treinta (30) días hábiles, toda vez que este término se establece con el fin de tener un marco de referencia para el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados, en aquellos eventos donde se determine por parte del operador judicial la verdadera existencia de una relación laboral.”



dar lugar a una relación de dependencia o subordinación o la imposición del cumplimiento de horarios, órdenes o condiciones que conlleven una dirección directa sobre los contratistas de prestación de servicios, ni incurrir en cualquier actuación que pugne con la autonomía que se les debe respetar en la ejecución y cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

“(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.”

- En lo que incumbe a esta regla, se observa que la Sección Segunda en la parte motiva del fallo, encuentra improcedente la devolución de los aportes a salud efectuados por el contratista, no obstante que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, en virtud de la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, conforme a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 que ordena a las empresas promotoras de salud (EPS), manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados *«en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad»*, y estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico, y únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), por lo cual se prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en la Ley 100 de 1993.

De manera general, se debe tener en cuenta el análisis realizado por la Sección Segunda, en el cual se plantea que si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 consagra que los contratos de prestación de servicios no son fuente de una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional, han determinado que dicha norma no resulta aplicable cuando se demuestran los elementos que configuran la existencia de una relación laboral. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, precepto en virtud del cual si bajo la denominación de un contrato de prestación de servicios se esconde una relación de trabajo, surge el deber de reconocer y pagar las prestaciones sociales a cargo de la entidad estatal.

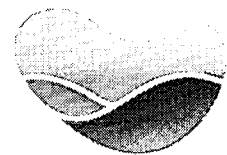
➤ DIRECTRICES JURÍDICAS REFERENTES A LA CONTRATACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En consideración a las anotaciones anteriores, la Secretaría General imparte las siguientes directrices:

- ✓ Con miras a evitar que se desnaturalicen los contratos de prestación de servicios, se recuerda que conforme a lo preceptuado en el Numeral 3 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son los que tienen por objeto realizar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, y solo se deben celebrar por el término estrictamente indispensable. Así mismo, se debe señalar que los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, se celebran por las entidades estatales, en los casos en que la función de la administración no puede ser atendida por personas vinculadas a la misma o cuando las actividades administrativas o del funcionamiento de la entidad estatal son de características tan complejas que requieren conocimientos especializados de los cuales no disponen los servidores de la administración, o cuando aun existiendo



GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA



UNIDOS

personal en la planta, éste no resulte suficiente para el desarrollo de los fines requeridos.

- ✓ Se enfatiza la importancia de aplicar los principios rectores de la contratación estatal, en especial el Principio de Planeación, a través de la estructuración de unos estudios previos adecuados y coherentes con las necesidades de la Administración Departamental, en los cuales se dimensione de manera correcta el plazo contractual, el cual debe ser el estrictamente indispensable para garantizar la ejecución del objeto y las obligaciones acordadas para satisfacer los requerimientos de la entidad, sin perder de vista que la temporalidad es una característica propia de los contratos de prestación de servicios. En lo que atañe al término de duración del contrato, se debe precisar que la sentencia citada en precedencia no restringe la posibilidad de prorrogar el plazo estipulado, pero es oportuno mencionar que tanto la posible prórroga como la eventual adición al valor, deberán estar debidamente justificadas y sujetarse a los requisitos de carácter legal.
- ✓ Durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios, resulta necesario tener en cuenta que el contratista debe gozar de autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico para el cumplimiento de las obligaciones pactadas a su cargo, por ende, los supervisores o interventores de dichos contratos en desarrollo de su rol de seguimiento a las actividades contratadas y en ejercicio de su coordinación, no deben generar una relación de subordinación o dependencia o imponer el cumplimiento de horarios o condiciones que impliquen una dirección directa sobre la persona del contratista porque serían elementos típicos de una relación laboral.
- ✓ De manera consecuente con lo planteado, el Departamento de Antioquia exhorta a los ordenadores del gasto a la observancia de las reglas y consideraciones jurídicas que se establecen en la prenombrada sentencia de unificación, proferida por el Consejo de Estado. Igualmente, se recuerda que la celebración de los contratos de prestación de servicios no debe operar para suplir la vinculación de personas naturales en el desempeño de la función pública, por lo tanto, los titulares de las dependencias deberán realizar un estudio minucioso de las necesidades que deben atender, así como del personal requerido para tal fin, con miras a verificar si eventualmente habría lugar a solicitar a la Secretaría de Talento Humano y Desarrollo Organizacional, la revisión de la planta de cargos y su posible ampliación o la adopción de las medidas que resulten necesarias, tales como la creación de empleos temporales o la vinculación de personal supernumerario, con el propósito de garantizar la protección del derecho al trabajo y las garantías laborales inherentes al mismo.

La presente circular se expide en consonancia con lo establecido en directiva presidencial número 07 - Lineamientos para la contratación de prestación de servicios; expedida el 28 de octubre de 2021.

JUAN GUILLERMO USME FERNÁNDEZ
Secretario General

Proyectó: Ana Cristina Uribe Palacio, Profesional Universitaria
Revisó: Ana Melissa Ospina Castrillón, Directora Asesoría Jurídica Contractual
Aprobó: David Andrés Ospina Saldarraga, Subsecretario Prevención del Daño Antijurídico