

“CULTURA DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA EN LAS REGIONES”

Jornada Académica: Valledupar-Cesar

TEMA: “EL CONTRATO REALIDAD”

ANÍBAL RAFAEL MARTÍNEZ PIMIENTA-Juez Sexto Administrativo Oral de Valledupar.

Un cordial saludo a los Honorables magistrados del Consejo de Estado, encabezados por su presidente Dr. DANILO ROJAS BETANCOURTH, magistrados del Tribunal Administrativo del Cesar y la Guajira, Jueces Administrativos de Valledupar, representantes legales de entidades públicas, abogados litigantes, estudiantes y demás presentes que acudieron a esta convocatoria del lanzamiento del programa “Cultura de Legalidad y Seguridad Jurídica en las Regiones”, que en buena hora concibió el máximo organismo de la jurisdicción contencioso administrativo.

Sea lo primero agradecer al presidente del Tribunal Administrativo del Cesar, haberme dado la oportunidad de presentar esta breve ponencia sobre un tema que aunque regulado claramente en la ley y sobre el cual hay tratamiento pacífico en la Jurisprudencia del Consejo de Estado, constituye uno de los que más genera condenas al estado en este ámbito territorial, constituyendo un porcentaje considerable de los más de 500 procesos actualmente activos en cada uno de los Juzgados Administrativos de esta jurisdicción. Me refiero al “**CONTRATO REALIDAD**”, que se genera cuando quiera que a través un CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS o una OPS, se oculta una verdadera relación laboral, por configurarse los elementos propios de la misma, o sea la Prestación Personal del Servicio, la continua Subordinación o Dependencia y la Remuneración respectiva.

En primer lugar, es preciso recordar, que el **CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS** se encuentra definido en el numeral tercero del artículo 32 del Estatuto de la Contratación Estatal contenido en la ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos, solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones y se celebran por el término estrictamente indispensable”.

Es preciso destacar las siguientes **CARACTERÍSTICAS** de este Contrato Estatal:

- Tiene como objeto **apoyar la Administración y Funcionamiento** de la entidad.
- Se ejecuta a través de **Personas Naturales**, cuando no se dispone de personal de planta para la labor contratada o se requiera de conocimientos especializados. Aunque no se excluye la posibilidad de ejecutarse a través de Personas Jurídicas, especialmente en las labores de vigilancia, pero con la limitación de la no disposición de personal de planta para la labor contratada.
- No genera **Relación Laboral**, ni el consecuente pago de Prestaciones Sociales.
- Deben celebrarse para labores que no tengan el carácter de permanentes o propias del objeto de la entidad, por el **término estrictamente indispensable**.
- El contratista debe ejecutar su labor con **independencia**, aunque el cumplimiento de horario no necesariamente implica subordinación que genere relación laboral, lo cual depende además de la naturaleza de la actividad.
- Tratándose de la Prestación de Servicios Profesionales, la contraprestación no puede superar lo devengado por el representante legal de la entidad.
- Se contrata por la modalidad de **Contratación Directa**.

No obstante la claridad de la disposición legal que regula este contrato estatal, son reiteradas las sentencias en que se ha accedido a las pretensiones de la

demanda, declarando la existencia de una verdadera Relación Laboral, debido a la desnaturalización del Contrato de Prestación de Servicios, dando aplicación al Principio de primacía de la realidad sobre las formas y condenando a las entidades estatales al pago de las consecuentes Prestaciones Sociales, por las siguientes **CAUSAS**:

- Se extienden en el tiempo, tornándose las labores contratadas en **PERMANENTES**.

- Se contratan labores propias del **PERSONAL DE PLANTA** y contempladas en el Manual de Funciones de la respectiva entidad.

- Antes que la necesaria Coordinación requerida para la eficiencia de las actividades pactadas con el contratista, se termina sometiénolo a una verdadera **SUBORDINACIÓN** en las mismas condiciones del personal de planta.

Capítulo aparte merece el tema de las **COOPERATIVAS ASOCIATIVAS DE TRABAJO**, a las cuales acuden con frecuencia las entidades públicas, especialmente las EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-ESE, para contratar personal para apoyar la administración y funcionamiento de la entidad, con la errada convicción de estar evitando una relación laboral directa, sin percatarse que por mandato expreso de la ley y reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, estas Cooperativas no pueden actuar como Empresas de Intermediación Laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros beneficiarios, so pena de tener que pagar Prestaciones Sociales al trabajador asociado en forma solidaria con el tercero beneficiario del servicio.

En efecto las Cooperativas de Trabajo Asociado son organizaciones económicas productivas, cuyos asociados aportan su capacidad laboral por tiempo indefinido, entregando al servicio de la organización tecnologías, destrezas u otros activos necesarios para el cumplimiento de los objetivos de la misma, como la producción,

comercialización y distribución de bienes básicos de consumo familiar o la prestación de servicios individuales o conjuntos.

La **Ley 10 de 1991** reguló este tipo de organización teniendo en cuenta en su artículo 4º lo siguiente:

(...) Los Asociados tienen una relación de carácter típicamente comercial con las Empresas Asociativas de Trabajo. Por tanto, los aportes de carácter laboral no se rigen por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, sino por las Normas del Derecho Comercial”.

En consonancia con lo anterior, las Cooperativas de Trabajo Asociado están regidas por un régimen especial que no genera dependencia laboral y tampoco genera vínculo de trabajo con quienes hacen aportes laborales.

Así lo estableció el **Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez, en Sentencia del 19 de abril de 2012, Radicación número: 17001-23-31-000-2005-01032-01(0179-10)** de la siguiente manera:

“La Corte Constitucional, al declarar exequible los artículos 59 de la Ley 79 de 1988 y 46 de la Ley 24 de 1981, tal como quedó modificado por el artículo 154 de la Ley 79 de 1988, se refirió a las Cooperativas de Trabajo en los siguientes términos:

(...)

Teniendo en cuenta que el origen de estas organizaciones es el acuerdo cooperativo, la Corte Constitucional consideró constitucionalmente admisible que el régimen de trabajo, compensación, previsión y seguridad social de las Cooperativas de Trabajo Asociado fuera el establecido en sus estatutos y reglamentos y no en la legislación laboral.

(...)

Se precisa además que el Gobierno Nacional para efectos de reglamentar los servicios prestados a través de Cooperativas de Trabajo Asociado y las EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES, expidió el **Decreto 4588 de 2006** *“Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Pre cooperativas de Trabajo Asociado”* y en su artículo 17 dispuso:

“Artículo 17. Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. Las Cooperativas y Pre cooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Pre cooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado. (Subrayado nuestro).

En este mismo sentido el Consejo de Estado¹ se ha referido a la posibilidad del surgimiento de una relación laboral, a pesar de la existencia de contratos entre entidades estatales y Cooperativas de Trabajo Asociado, precisando lo siguiente:

“...En este orden de ideas, si se configuran actos de intermediación laboral por parte de las cooperativas a favor de entidades del Estado, la entidad pública (la cual funge como tercero), que se beneficie finalmente del servicio, será solidariamente responsable por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado. Toda vez que sí se comporta una dependencia del trabajador frente a ella y la cooperativa, la entidad adquiere responsabilidades sobre éste, a pesar que no se encuentra vinculado de manera directa.

¹ CONSEJO DE ESTADO -SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00041-01(0260-09).

Bajo estos supuestos, observa la Sala, que es claro que las cooperativas se desempeñan bajo los lineamientos de la Ley 79 de 1988, pero también es claro, que cuando el asociado es vinculado con otro ente, en este caso, el Hospital demandado, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, existe una relación de empleador – empleado. Es decir, el asociado, la señora María Stella Lancheros Torres trabajaba en el Hospital Engativá, bajo las instrucciones de éste y tanto la cooperativa, como el Hospital fungen como empleadores, no obstante, si bien es cierto, en la presente causa no fueron demandadas las cooperativas con las cuales mediaron contratos entre la actora y el Hospital demandado, también lo es, que esto en nada impide que el ente accionado asuma las responsabilidades por la conducta desplegada en detrimento del trabajador, en virtud de la solidaridad laboral.(Subrayado nuestro).

Asimismo es válido afirmar, que durante el tiempo que duró la relación entre la demandante y el Hospital demandado, a pesar de las diferentes denominaciones, (contratos de prestación de servicios y sucesivamente a través de convenio de asociación con una Cooperativa de Trabajo Asociado) no existió ningún tipo de interrupción considerable en la prestación del servicio, lo que denota la permanencia y la necesidad de las labores que fueron desempeñadas por la actora en la institución, igualmente se observa que funcionalmente fungió ejecutando las mismas funciones en favor del ente demandado, quien fue el que en últimas se benefició de los servicios prestados por la demandante.”

De los antecedentes jurisprudenciales y normativos citados en es forzoso concluir que las COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO no les está permitiendo disponer del trabajo de sus asociados para suministrar mano de obra a terceros, en detrimento de los derechos laborales de los cooperados, ocultando con ello una verdadera relación laboral, por cuanto para estos efectos fueron creadas las EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES (EST), definidas en la Ley 50 de 1990, como aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor realizada por personas naturales contratadas directamente por la EST, la cual tiene carácter de empleador.

Sin embargo, aún las EST tienen unas limitaciones establecidas por la ley para efectos de estas contrataciones, en el sentido que debe tratarse de **labores ocasionales, accidentales y transitorias**, para reemplazar personal en vacaciones, licencias o incapacidad por enfermedad o maternidad, en un término máximo de seis (6) meses prorrogables por seis (6) meses más, excluyéndose la posibilidad de contratar **funciones permanentes o inherentes al objeto social de la entidad pública beneficiaria**, so pena de desconocer los derechos al trabajo y a los fines de la administración pública.

RECOMENDACIONES

Para efectos de reducir el riesgo de fallos adversos, me permito recomendarles a los representantes legales de las Entidades de este nivel territorial lo siguiente:

- Procurar no convertir en permanentes las labores contratadas a través de la figura de Contrato de Prestación de Servicio, dada su naturaleza para LABORES MERAMENTES TRANSITORIAS.
- No someter al contratista a situaciones de SUBORDINACIÓN, salvo la necesaria coordinación entre la Entidad demandante y el contratista para efectos de la eficacia de la labor contratada.
- Procurar que las labores contratadas no correspondan a FUNCIONES PROPIAS DEL PERSONAL DE PLATA DE LA ENTIDAD contenidas en el manual de funciones de la misma, salvo que se requiera de conocimientos especializados, o el personal disponible sea insuficiente.
- No acudir a las COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO, como Empresas de Intermediación Laboral, por no permitirlo la Ley.
- En caso de requerirse intermediación laboral, acudir a las EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES, con las limitaciones establecidas en la Ley y precisadas por la Jurisprudencia en cuanto a término y clase de labores o funciones contratadas.

-El Consejo de Estado en su más reciente jurisprudencia sobre el tema² , precisó lo siguiente sobre la potestad de las Empresas Sociales del Estado E.S.E. para contratar servicio de salud a través de terceros, preciso la alta corporación:

(...)

En este orden, considera la Sala que las necesidades de personal temporal de las entidades públicas sujetas al ámbito regulador de la Ley 909 de 2004, deben ser satisfechas mediante la creación de empleos de carácter temporal en las condiciones y con los requisitos previstos en dicha ley, cuando se trate de funciones propias de la entidad que impliquen subordinación y que no puedan suplirse con personal de planta, y no mediante el empleo de otras herramientas jurídicas como lo sería la contratación de servicios personales con terceros, en donde, casi siempre, se presentan condiciones de subordinación en el cumplimiento de las funciones contratadas, que desdibujan el vínculo, y esconden una verdadera relación de trabajo. (Negrilla del Despacho).

-Por último, es preciso recomendar, no estigmatizar el Contrato de Prestación de Servicios como herramienta de apoyo para el funcionamiento de las Entidades Públicas, pero si hacer un uso racional del mismo.

² CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B" Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013) Actor: DAVID ALEJANDRO JARAMILLO ARBELAEZ Demandado: E.S.E METROSALUD