



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL**

---

Sincelejo, once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

**RADICACIÓN: 70-001-33-33-003-2019-00041-01**  
**ACCIONANTE: NUMA RAFAEL ORTIZ FERNÁNDEZ**  
**ACCIONADO: DEFENSORÍA DEL PUEBLO**  
**NATURALEZA: ACCIÓN DE TUTELA**

Procede la Sala, a decidir la impugnación presentada por la parte accionante, contra la sentencia de fecha 6 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se declaró improcedente la presente acción.

### **I. ANTECEDENTES:**

#### **1.1. Pretensiones:<sup>1</sup>**

NUMA RAFAEL ORTIZ FERNÁNDEZ, en nombre propio, interpuso acción de tutela contra la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales al trabajo, igualdad, mínimo vital, asociación sindical, confianza legítima y el principio de buena fe.

Como consecuencia de dicho amparo, pide que la entidad accionada lo contrate nuevamente como defensor público.

---

<sup>1</sup> Folio 7 del cuaderno de primera instancia.

## **1.2. Hechos:<sup>2</sup>**

El accionante, estuvo vinculado como defensor público con la DEFENSORÍA DEL PÚEBLO, a través de contratos de prestación de servicios, de manera continua, desde el 23 de octubre de 2013.

Afirma el actor, que a finales del mes de noviembre de 2018, mediante un memorando dirigido a todos los defensores, el Director Nacional de la entidad les solicitó la terminación anticipada, por mutuo acuerdo, del contrato que tenían vigente; finalización que regiría a partir del 15 de diciembre, con el fin de que los nuevos contratos fueran suscritos a partir del 16 de diciembre.

El 14 de diciembre de ese mismo año, a pesar de que su nombre se encontraba en la lista de los nuevos contratistas que había llegado a la entidad, al accionante no le fue enviado el respectivo contrato, a diferencia de algunos de sus compañeros que sí recibieron el contrato en físico.

Manifiesta el actor, que pese haber firmado de buena fe la terminación contractual y esperar hasta el mes de enero que llegara el contrato, nunca se lo otorgaron.

Alega el accionante, que la entidad quebrantó los principios de confianza legítima y buena fe, los derechos a la igualdad, mínimo vital y al trabajo y también desconoció el derecho de asociación sindical, pues, es miembro directivo y fiscal nacional de la Asociación Nacional de Servidores Públicos de la Defensoría del Pueblo – ASDEP-.

Indica el actor, que es cabeza de hogar, tiene deudas, sus hijos se encuentran aun estudiando y no tiene ingreso económico adicional, que permita sufragar las necesidades de su núcleo familiar.

---

<sup>2</sup> Folios 1 - 4 del cuaderno de primera instancia.

### **1.3.- Contestación<sup>3</sup>:**

La DEFENSORÍA DEL PUEBLO, por conducto de apoderado judicial, precisó que no quebrantó derecho fundamental alguno.

Frente al derecho a la igualdad y buena fe, manifestó que la contratación se ajustó a criterios propios de selección, lo que no supone igualmente la obligación de celebrar un nuevo contrato, con un mismo prestador de servicios.

En lo tocante al derecho al trabajo y al mínimo vital, puntualizó que el vínculo contractual que tenía el accionante con la entidad, no le generaba estabilidad, ni relación laboral alguna. Además, que la profesión de abogado, al poder ejercerse de manera libre e independiente, su calidad de defensor público no suponía única forma de generar ingreso.

Con relación a la apreciación de fuero sindical, resaltó *“no puede entenderse que el contratista goza de garantía de fuero sindical, ya que la normatividad aplicable se extiende a los servidores públicos, es decir, al personal con relación legal o reglamentaria, la cual se manifiesta con un acto administrativo de nombramiento y se perfecciona con la posesión del empleo, la relación que existe entre la entidad y el defensor público es una relación contractual por lo tanto no existe normatividad alguna que invoque que el contratista goza de fuero sindical.”*

Finalizó diciendo, que la presente acción de tutela resulta improcedente, pues, amén de que no existe un perjuicio irremediable que pueda menoscabar algún bien jurídico, tampoco se satisfizo el principio de subsidiariedad.

---

<sup>3</sup> Folios 78 - 82 del cuaderno de primera instancia.

#### **1.4.- La providencia recurrida<sup>4</sup>:**

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de fecha 6 de marzo de 2019, declaró improcedente la acción de tutela ejercida por el señor NUMA RAFAEL ORTIZ FERNÁNDEZ. Como fundamento de tal decisión, consideró que no se está en presencia de un sujeto de especial protección, ni ante la inminencia de un perjuicio irremediable. Precisó, que no se probó que la contratación con la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, fuera la única y exclusiva fuente de ingreso del accionante. Puntualizó, que en el marco jurídico de la contratación estatal, está prohibida la prórroga automática de los contratos.

Adicionalmente, consideró:

*“... es de precisar que si bien vía concepto del Ministerio del Trabajo manifestó que no existe prohibición alguna para que las organizaciones sindicales estén conformadas por personas vinculadas mediante contratos de prestación de servicios, porque las normas del C.S. del Trabajo no lo prohíben, concepto que dicho sea de paso, este despacho no comparte, dado que en virtud del artículo 123 de la Constitución Política los contratistas del Estado no tiene connotación de servidores públicos, sea modalidad empleados públicos o trabajadores oficiales y por ende las reglas de derecho colectivo establecidas por el legislador colombiano no los cobijan. Asimismo, los derechos, obligaciones y demás aspectos de la relación entre contratante y contratista, están regidos por las normas del estatuto contractual y a lo pactado contractualmente por las partes, ajenas a las que regulan las relaciones laborales o de la función pública, en principio.”*

Concluyó, que la presente acción de tutela deviene improcedente para el objeto pretendido por el señor NUMA RAFAEL ORTIZ FERNÁNDEZ, dado “que no es otro que obtener la renovación o suscripción de un nuevo contrato de prestación de servicios”.

---

<sup>4</sup> Folios 86 - 95 del cuaderno de primera instancia.

### **1.5.- La impugnación:<sup>5</sup>**

Contra la anterior decisión, la parte accionante presentó impugnación, sin sustentación.

### **1.6.- Trámite en segunda instancia:<sup>6</sup>**

Por auto del 18 de marzo de 2019, se admitió la impugnación formulada contra la sentencia adiada 6 de marzo de 2019.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1- Competencia**

El Tribunal, es competente para decidir la presente impugnación, en atención a lo establecido en el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

### **2.2- Problema jurídico**

En el sub examine, el debate central se circunscribe en establecer: ¿Resulta procedente el amparo de los derechos fundamentales invocados por el accionante, para que se ordene a su favor la suscripción de un contrato de prestación de servicios, como defensor público?

### **2.3- Análisis de la Sala.**

#### **2.3.1. Generalidades de la acción de tutela.**

La tutela, es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991, para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados, por la acción u omisión de

---

<sup>5</sup> Folio 100 del cuaderno de primera instancia.

<sup>6</sup> Folio 4 del cuaderno de segunda instancia.

cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas, en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política<sup>7</sup>.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los Jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona, la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución, a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Ahora, para la procedencia de la acción, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa, para hacer valer sus derechos, salvo que la ejerza como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, siendo en todo caso, claro está, la existencia de una acción u omisión de la autoridad pública, la que pueda configurar la violación del derecho fundamental, cuyo amparo se pretende.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha reiterado:

*“Este mecanismo privilegiado de protección, es sin embargo, residual y subsidiario. Ello significa que sólo es conducente cuando (1) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, - caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados -, o*

---

<sup>7</sup> “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”

(2) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste (i) o no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, o (ii) la tutela es necesaria como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

De lo afirmado se desprende entonces, que por su propia finalidad, la acción de tutela está revestida de un carácter extraordinario, que presupone el respeto por las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como por sus propias acciones, procedimientos, instancias y recursos, a fin de que la acción constitucional no usurpe las competencias de otras autoridades jurisdiccionales.

En aquellos casos en que se constata la existencia de otro medio de defensa judicial, establecer la idoneidad del mecanismo de protección alternativo supone en los términos del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que el otro medio de defensa judicial debe ser evaluado en concreto, es decir, teniendo en cuenta su eficacia en las circunstancias específicas que se invoquen en la tutela. Por esta razón, el juez de la causa, debe establecer si ese mecanismo permite brindar una solución “clara, definitiva y precisa” a los acontecimientos que se ponen en consideración en el debate constitucional, y su habilidad para proteger los derechos invocados.

La jurisprudencia constitucional ha estimado necesario tomar en consideración para apreciar el medio de defensa alternativo, entre otros aspectos, “(a) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela” y “(b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales”. Tales elementos, junto con el análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten comprobar si el mecanismo judicial de protección alterno es eficaz o no para la defensa de los derechos lesionados o amenazados. De ser ineficaz, la tutela será procedente. Si el mecanismo es idóneo para la protección de los derechos, se deberá acudir entonces al medio ordinario de protección, salvo que se solicite o se desprenda de la situación concreta, que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”<sup>8</sup>

Ahora bien, con relación a la **procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el reintegro, cuando se trata de contratos de prestación de servicios**, la Honorable Corte Constitucional sí ha señalado que “la acción de tutela es el mecanismo adecuado para solicitar, excepcionalmente, el reintegro del contratista a la función que

---

<sup>8</sup> Sentencia T-156 de 2010, M. P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*desempeñaba, siempre y cuando sea titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada. Al adquirir dicha connotación, la tutela reemplaza los mecanismos ordinarios permitiendo solicitar el reintegro de las personas que se enmarcan en tales condiciones*"<sup>9</sup>.

### **2.3.2. Derecho al trabajo y Función Pública.**

El derecho al trabajo, hace referencia a la posibilidad de participar libremente en las actividades de producción y de prestación de servicios a la sociedad y al disfrute de los beneficios obtenidos mediante estas actividades, lo cual, a su vez, se conecta con otros derechos fundamentales, entre ellos, el mínimo vital, en tanto el trabajo, busca garantizar un nivel de vida adecuado.

Por tal razón, el derecho al trabajo es el primero de los derechos reconocidos de forma específica en el Pacto por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, en su artículo 6 establece que el derecho a trabajar comprende: *"el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido"*, norma conteste a su vez, con el art. 25 de la Constitución Política.

Acceso que a su vez es reglado, tanto en el ámbito público, como en el privado.

En efecto, el capítulo II, del Título V de la Constitución Política se titula "DE LA FUNCIÓN PÚBLICA" y dispone en sus artículos 122, 123 y 125, lo siguiente:

**"ARTÍCULO 122. 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.

---

<sup>9</sup> Sentencia T-279 de 2016, M.P: Dr. María Victoria Calle Correa.

*Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.*

*(...).*”

**“ARTÍCULO 123.** *Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.*

*La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.*”

**“ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera.** *Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

*El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.*

*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción (...).*”

Valga la pena puntualizar, que el empleo público, como fundamento básico de la estructura de la función pública, es entendido al tenor del artículo 19 de la Ley 909 de 2004<sup>10</sup>, como el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

---

<sup>10</sup> Por la cual se expidieron normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y gerencia pública.

En desarrollo de las disposiciones constitucionales transcritas, la Ley 909 de 2004, en su artículo 1º, establece que los empleos que hacen parte de la función pública, son a saber: Empleos públicos de carrera; Empleos públicos de libre nombramiento y remoción; Empleos de período fijo; y Empleos temporales.

En ese sentido, el artículo 5 de la misma normativa señaló, que los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley, son de carrera administrativa, con excepción de:

*"1.- Los de **elección popular**, los de **período fijo**, conforme a la Constitución Política y la ley, los de los **trabajadores oficiales** y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.*

*2.- Los de **libre nombramiento y remoción** que correspondan a uno de los siguientes criterios:*

*a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, según lo previsto en la misma norma.*

*b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los funcionarios que se indican en la norma, siempre y cuando dichos empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos (literal b) num. 2 art. 5 ídem).*

*c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.*

*d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.*

*e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales.*

*f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera"*

### 2.3.3. Marco jurídico de los Defensores Públicos – Generalidades -.

La definición de los Defensores Públicos, se encuentra prevista en el artículo 26 de la Ley 941 de 2005 - Sistema Nacional de Defensoría Pública -, en los siguientes términos:

*“Son los abogados vinculados al servicio de Defensoría Pública que administra la Defensoría del Pueblo, **previo el cumplimiento de los requisitos, mediante la figura del contrato de prestación de servicios profesionales**, para proveer la asistencia técnica y la representación judicial en favor de aquellas personas que se encuentren en las condiciones previstas en el artículo 2o de la presente ley, **de acuerdo con las normas previstas en el Estatuto de Contratación Estatal.**”*

*Los contratos de prestación de servicios profesionales especializados podrán suscribirse con cláusula de exclusividad y **no dará lugar en ningún caso a vinculación laboral con la Institución.**”*

Al artículo 2 de la Ley 941 de 2005, dispone:

*“**COBERTURA:** El Sistema Nacional de Defensoría Pública prestará sus servicios en favor de las personas que por sus condiciones económicas o sociales se encuentran en circunstancias de desigualdad manifiesta para proveerse, por sí mismas, la defensa de sus derechos. También se prestará por las necesidades del proceso previstas en el inciso 2o del artículo 43 de la presente ley, en cuyo caso el imputado o acusado pagará al Sistema la totalidad de los honorarios y gastos causados.*

*Para los efectos de la presente ley, se entiende por persona en imposibilidad económica, aquella que carece de recursos suficientes para proveer su defensa técnica y por persona en imposibilidad social, aquella que por discriminación u otra circunstancia excluyente no pueda acceder a un defensor particular.”*

Por su parte, el artículo 9 de la misma ley, establece:

*“**SELECCIÓN OBJETIVA:** Las personas jurídicas y naturales que contraten con el Sistema Nacional de Defensoría Pública serán escogidas de acuerdo con los principios de transparencia y selección objetiva”*

El artículo 27, estableció la tipología de los defensores públicos, en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 27. CLASIFICACIÓN. Para efectos de su remuneración, los Defensores Públicos del Sistema podrán clasificarse en tres (3) categorías:*

- 1. Defensores Públicos ante jueces penales municipales.*
- 2. Defensores Públicos ante jueces penales del circuito y del circuito especializado.*
- 3. Defensores Públicos ante las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de la Corte Suprema de Justicia.”*

Por su parte, el artículo 25 de la misma normativa, indicó que *“El Defensor del Pueblo establecerá mediante reglamento los requisitos mínimos que deberán cumplir los defensores públicos de acuerdo con las categorías a que se refiere este capítulo, así como para contratar abogados particulares en aquellas regiones apartadas del país en donde sea insuficiente o no exista oferta de servicios profesionales para la prestación del servicio de defensoría pública”*.

Consecuentemente, a través de las Resoluciones 939 y 1281 de 2018, el Defensor del Pueblo, estableció las categorías, requisitos mínimos y honorarios de los Defensores Públicos; actos administrativos que se encuentran en la página electrónica de la Defensoría del Pueblo<sup>11</sup>.

Finalmente, sobre la teleología de la labor del defensor público, la Honorable Corte Constitucional ha señalado:

*“La figura del defensor público es un instrumento que materializa los derechos fundamentales a la defensa técnica y de acceso a la administración de justicia contenidos en los artículos 29 y 229 Superior. Esta Corporación ha afirmado que tanto el Constituyente como el Legislador han previsto los mecanismos adecuados para garantizar el ejercicio del derecho a la defensa en materia penal, entre los que se encuentra el defensor público; forma de asistencia judicial a la que la Constitución no le ha otorgado privilegios ni*

---

<sup>11</sup> <http://www.defensoria.gov.co/>

*ventajas en relación con su labor de representación y asesoramiento de procesados y condenados dentro de un proceso penal, por lo que en el ejercicio de sus facultades procesales se encuentra en un plano de igualdad frente a los apoderados que son designados directamente por el penado.*

*19. En definitiva, el derecho de defensa comprende la facultad que tiene toda persona de concurrir a un proceso en el que es destinataria de reproches por parte del Estado y participar activamente para proteger sus intereses, bien sea de manera directa o a través de apoderado judicial nombrado por el encausado o proporcionado por el Estado a través de la defensoría pública. En cualquier caso, los apoderados que asesoran y representan a los procesados, se ubican en un escenario de igualdad en el ejercicio de sus labores profesionales, puesto que la Constitución no privilegió ninguna forma de postulación procesal.”<sup>12</sup>*

#### **2.3.4 Ilegalidad de las cláusulas de prórroga automática en la contratación estatal.**

En vigencia de la Ley 80 de 1993, resulta abiertamente ilegal la llamada prórroga automática; por cuanto, además de que en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública no existe norma alguna que autorice pactar prórrogas automáticas, que favorezcan a un determinado contratista, resulta violatorio de los principios generales de libre concurrencia, de igualdad, de imparcialidad, de prevalencia del interés general y de transparencia que rigen todas las actuaciones contractuales de las entidades estatales, principios que se encuentran consignados positivamente, tanto en la Constitución Política de 1991 -artículos 1, 2, 13, 209-, como en la Ley 80 de 1993 -artículos 24 y 25-.

Debe recordarse que el Estatuto de Contratación Estatal, contenido en la Ley 80 de 1993, reconoció la libertad negocial, siempre que los acuerdos se ajusten a las normas del propio estatuto contractual, a las normas de derecho civil y comercial y acudió a la fijación de los límites contractuales por la vía general de la aplicación de la Constitución, la Ley, el Orden

---

<sup>12</sup> Sentencia C-328 de 2016, M.P: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Público, los Principios de la contratación estatal y los de la buena administración, cuando señaló:

**“Artículo 40°.-** Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

*Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.*

*En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.”*

Ahora bien, el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, estableció los principios de las actuaciones contractuales de las entidades estatales, en la siguiente forma:

*“La actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía, responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente se aplicarán las mismas normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”*

Por su parte, el artículo 209 de la Constitución Política estableció los siguientes principios como rectores de la función administrativa:

*“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”*

Frente a la aplicación de los principios comentados, en los casos de modificación y de prórroga automática de los contratos estatales, el

Consejo de Estado ha precisado los límites de los acuerdos de modificación y la improcedencia de celebrar cláusulas, contentivas de prórrogas automáticas, según se puede observar en los conceptos citados a continuación:

**i)** El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto del 13 de agosto de 2009, radicación 1.952, C. P. Enrique José Arboleda Perdomo, se ocupó del mutuo acuerdo como forma de modificación del contrato<sup>13</sup>, así:

*“Es frecuente oír, que por el solo hecho de existir un común acuerdo entre las partes de un contrato estatal, es posible variarlo. Dado que de ser cierta ésta afirmación permitiría sin más discusión la reforma del contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado, pasa la Sala a efectuar el análisis correspondiente: (...)”*

*Puede adicionarse una razón a las expuestas para justificar que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, la cual consiste en el respeto por el principio de igualdad de los oferentes. Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado.*

*De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiendo, y esta es la segunda idea, que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes.”*

**ii)** En igual sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Magistrado William Zambrano Cetina, se pronunció el 19 de mayo de 2010, radicación número: 11001-03-06-000-2010-00005-00(1984), actor: Ministerio

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. 13 de agosto de 2009, Radicación No. 1.952 -11001-03-06-000-2009-00033-00, Referencia: El contrato de concesión de servicio público. Modificaciones. La Amigable Composición. Contrato de concesión del aeropuerto El Dorado.

de la Protección Social, con referencia a la prórroga del contrato de concesión prevista en el artículo 60 de la ley 643 de 2001, así:

*“Las prórrogas automáticas no pueden pactarse en ningún contrato estatal. (...) las cláusulas de prórroga de los contratos estatales no confieren un derecho automático a un mayor plazo, sino que contienen solamente la posibilidad de que al terminarse el plazo inicial, las partes acuerden su continuación dentro de los límites que imponga la ley al momento de prorrogar. Si se entendiera que plazo inicial y prórroga se integran en uno sólo, no habría necesidad de distinguir ambas figuras. En el caso particular de las entidades estatales, la imposibilidad de pactar cláusulas de prórroga automática, significa además que la Administración conserva en todo caso la potestad de analizar su conveniencia al momento de vencerse el plazo inicial y, por ende, de abstenerse de extender el plazo del contrato si así lo determina el interés general. Y más aún, que la Administración no podrá acceder a la prórroga si para el momento en que se vaya a suscribir, existe una prohibición legal para ello.”*

La Corte Constitucional, por su parte, se fundamentó en los principios de igualdad de los oferentes y de la planeación contractual, inmersos en el artículo 209 de la Constitución Política, para concluir acerca de la exequibilidad condicionada de la prórroga del contrato de concesión, en su momento prevista en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, asunto en el que la Corte citó el concepto de 2009 emitido por el Consejo de Estado y consideró, que la prórroga o adición, no puede ser pactada en violación del principio de igualdad de los oferentes, así como se detuvo en el análisis del principio de planeación, que exige evaluar adecuadamente el alcance y la duración de los contratos estatales desde la etapa precontractual<sup>14</sup>.

### **2.3.5 Marco general del fuero sindical.**

La Constitución Política establece en los artículos 38 y 39 el derecho fundamental a la libre asociación y el derecho a constituir sindicatos y a que sus representantes gocen de fuero y otras garantías para el cumplimiento de su gestión.

---

<sup>14</sup> Sentencia C-300/12, abril 25 de 2012.

Para garantizar que las asociaciones sindicales cumplan con sus objetivos, el ordenamiento jurídico ha previsto unos mecanismos para su protección, dentro de los cuales se encuentra el fuero que cobija a los fundadores y directivos de las organizaciones sindicales.

En la legislación interna, el fuero sindical quedó definido en el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T.), según el cual, es *“la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo”*.

La Honorable Corte Constitucional ha señalado, que el fuero sindical no está destinado, únicamente, a la protección individual del trabajador sino que tiene por objeto proteger el derecho de asociación en su conjunto, es decir, amparar la libertad de acción de los sindicatos. En palabras del Alto Tribunal Constitucional, *“el fuero sindical no surgió históricamente, ni se encuentra establecido por la ley para la protección individual y aislada de un trabajador, sino que se trata de un mecanismo, ahora con rango constitucional para amparar el derecho de asociación, que no es, así entendido, de interés particular sino colectivo”*.

En ese mismo sentido, la Honorable Corte Constitucional ha reiterado la siguiente caracterización del fuero sindical:

\* Es un elemento esencial para la protección del derecho a la asociación sindical y para su eficacia.

\*Cobija a ciertos trabajadores que pertenecen a una organización sindical, quienes tendrán una serie de garantías laborales (prohibición de despido, desmejoramiento de condiciones y traslado a otro lugar de trabajo, a menos que exista una justa causa y autorización judicial).

\* Hace posible que los líderes de los sindicatos lleven a cabo sus tareas en beneficio de los trabajadores, sin temer las eventuales represalias del

empleador. El fuero sindical no significa, entonces, la imposibilidad de despedir al trabajador aforado, sino que al hacerlo, el empleador debe (i) demostrar una justa causa y (ii) solicitar la autorización al juez quien deberá verificar su existencia.

#### **2.4. Caso en concreto.**

NUMA RAFAEL ORTIZ FERNÁNDEZ, en nombre propio, interpuso acción de tutela contra la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales al trabajo, igualdad, mínimo vital, asociación sindical, confianza legítima y el principio de buena fe.

Como consecuencia de dicho amparo, pide que la entidad accionada lo contrate nuevamente como defensor público.

El *A quo*, declaró improcedente la acción de tutela, de conformidad con los argumentos expuestos anteriormente. Tal decisión será confirmada por este Tribunal, por las siguientes razones:

a. No se avizora la acreditación de un perjuicio irremediable, ni tampoco la calidad de sujeto de especial protección constitucional, que pueda impedir de forma excepcional, como lo pretende el actor, que se le *“ordene al señor Defensor del Pueblo otorgar contrato de prestación de servicios por el mismo término (del 16 de diciembre de 2018 al 31 de mayo de 2019).”*

La situación de ser acreedor de deudas, dentro del tráfico civil y comercial, por si sola, no implica la obligación de las entidades públicas para suscribir contratos, ni mucho menos para que se adopte tal medida, a través de la acción de tutela.

b. Tampoco se demostró algún tipo de discapacidad, enfermedad o condición de debilidad manifiesta, con la suficiencia jurídica para configurar una estabilidad reforzada, aplicada a contratos de prestación de servicios y poder ordenar la vinculación automática del actor.

c. El accionante era contratista, no empleado público, ni trabajador oficial. En efecto, tal como fue tratado en el marco jurídico de los defensores del pueblo, su vinculación con la Defensoría del Pueblo se materializó a través de un contrato de prestación de servicios, regido por el estatuto contractual estatal.

El artículo 32 .3 de la Ley 80 de 1993 - Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -, señala:

*“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 sólo 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 sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”*

El contratista, entonces, se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal. para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.

Ahora bien, el artículo 39 de la Constitución Política, dispone:

*“**Los trabajadores y empleadores** tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.*

*La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos.*

*La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial.*

***Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.***

*No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública”*

Conforme lo anterior y resaltando que no se alegó o probó la existencia de una relación laboral, disfrazada por la suscripción de contratos de prestación de servicios, este Tribunal considera que no existe una causal objetiva, en el marco de las nociones de estabilidad reforzada y fuero sindical, para ordenar la suscripción de un nuevo contrato de prestación de servicios.

d. El buen desempeño de las labores contratadas, ni llamados de atención, no son factores obligatorios para que la entidad contrate, nuevamente, a la misma persona, en tanto, que dentro de sus deberes como contratista está implícito, precisamente, colaborar con la entidad contratante en lo que sea necesario, para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad y acatar las órdenes que durante el desarrollo del contrato ella le imparta.

e. El argumento concerniente a que los honorarios devengados por las labores contratadas, era la única fuente de ingreso, no tiene asidero jurídico, toda vez que al ostentar la profesión de abogado el accionante cuenta con múltiples y diversos campos de acción<sup>15</sup>.

La oportunidad de acceder a un empleo, si bien es la contracara del derecho al trabajo, pues, es obligación del Estado brindar tales opciones, para el caso no puede ser asumido a partir de la pérdida de un empleo, sino por la real existencia de condiciones que impidan el ingreso a la infraestructura económica del país, discriminación que para el asunto tratado no se ha verificado.

En ese orden de ideas, esta Sala es del concepto que la decisión de primera instancia, debe ser confirmada.

---

<sup>15</sup> Aunado a que puede participar en las convocatorias que realiza la Defensoría del Pueblo.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 6 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO:** Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 199.

**TERCERO:** Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CUARTO:** De manera oficiosa, por Secretaria de este Tribunal, envíese copia de la presente decisión al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Discutido y aprobado en sesión, según Acta No. 0046/2019

Los Magistrados,

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE**

**ANDRES MEDINA PINEDA**