

CIRCULAR 3 DE 2023

(marzo 1)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO

Para: Entidades públicas del orden nacional.
De: MARTHA LUCÍA ZAMORA ÁVILA
Directora Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado - ANDJE-
Asunto: Lineamiento para prevenir la configuración del contrato realidad

Bogotá, D.C, 01 de marzo del 2023

En desarrollo de lo dispuesto en la Ley 1444 de 2011, el Decreto Ley 4085 de 2011 otorgó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) competencias en materia de defensa judicial y prevención de las conductas y del daño antijurídico. De conformidad con este marco normativo, a la entidad le corresponde recomendar, en casos estratégicos para la litigiosidad del Estado, las acciones y gestiones que deban adelantar las entidades públicas para una adecuada prevención y defensa de los intereses públicos.

El presente documento está dirigido a quienes ejercen funciones de dirección en las distintas áreas misionales de la entidad, a las y los jefes de oficina y a quienes coordinan y supervisan la ejecución de contratos de prestación de servicios. Y pretende promover la prevención del daño antijurídico por la desnaturalización de este tipo de contratos y, en consecuencia, la configuración del contrato realidad.

Se trata de una causa transversal de litigiosidad que afecta a 205 entidades públicas del orden nacional, con 6.424 procesos activos, con pretensiones por un billón de pesos, aproximadamente, y una tasa de éxito 48,4%.⁽¹⁾ Por tanto, la ANDJE, emitirá los siguientes lineamientos en la materia.

Este documento consta de cuatro capítulos. El primero desarrolla las generalidades del contrato de trabajo. El segundo aborda las generalidades del contrato de prestación de servicios. El tercero contiene los lineamientos encaminados a prevenir la configuración del contrato realidad y, finalmente, el cuarto presenta las conclusiones.

Para la elaboración del documento se analizó la normativa y la jurisprudencia vigentes sobre la materia, especialmente, la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, SU3-O25-CE-S2-2021 del 9 de septiembre del 2021⁽²⁾.

I. Generalidades sobre el contrato de trabajo

1. El trabajo es un derecho y una obligación social que goza de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas⁽³⁾.

2. El contrato de trabajo se define como “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”⁽⁴⁾.

3. Le ley establece los elementos esenciales para que se repute la existencia de un contrato de trabajo⁽⁵⁾:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, que este realice la labor contratada por sí mismo.

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, lo que implica que este último le imparta órdenes y le imponga reglamentos, lo que se debe mantener durante todo el tiempo de duración del contrato de trabajo.

c. El salario como retribución del servicio.

4. En materia laboral rige el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas⁽⁶⁾, lo que significa que, reunidos los tres elementos señalados, "...se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”⁽⁷⁾.

II. Generalidades sobre el contrato de prestación de servicios

1. El contrato de prestación de servicios que se analiza, para efectos de este lineamiento, es el previsto por la Ley 80 de 1993⁽⁸⁾.

2. Se define como aquel que celebran “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”⁹. Estos contratos no generan una relación laboral ni dan lugar al pago de prestaciones sociales.

3. De esta definición legal, se extraen los siguientes deberes para las entidades públicas:

a. Celebrar el contrato con personas naturales.

b. Establecer como finalidad el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.

c. Determinar que las actividades que se van a llevar a cabo no pueden ejecutarse por personal de planta o requieren conocimientos especializados.

4. Se caracteriza por ser temporal, excepcional y garante de la autonomía del/la contratista.

5. Debe cumplir los requisitos, las formalidades y los principios propios de un contrato estatal, de los cuales se destacan los siguientes:

a. Constar por escrito⁽¹⁰⁾.

b. Observar los principios de transparencia, economía y responsabilidad⁽¹¹⁾.

c. Dar cumplimiento al deber de planeación, como aquel que "...tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar"⁽¹²⁾.

d. Pagar los honorarios al/la contratista, como contraprestación del cumplimiento del objeto contractual.

III. Lineamientos para la prevención de la configuración del contrato realidad

1. El contrato de prestación de servicios se desconfigura al comprobarse la existencia de los tres elementos constitutivos de una relación laboral: la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación⁽¹³⁾.

2. Para evitar que esto ocurra, la entidad debe garantizar que el contrato de prestación de servicios no se convierta en un mecanismo para encubrir relaciones de carácter laboral.

3. La entidad no debe incurrir en hechos indicadores de una relación de jerarquía y debe procurar por relaciones horizontales con sus contratistas.

4. Para lograrlo, las entidades deben observar los siguientes lineamientos en las diferentes etapas del contrato de prestación de servicios:

Prevención durante la planeación del contrato de prestación de servicios

a. Considerar, que el contrato de prestación de servicios solo tiene lugar en los eventos en los que la entidad pública contratante necesite llevar a cabo labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que exceden su capacidad organizativa y funcional⁽¹⁴⁾.

b. Determinar en los estudios previos los siguientes aspectos encaminados a evadir cualquier hecho indicador de una relación laboral:

i) Justificar y soportar la insuficiencia de personal de planta, o el requerimiento de conocimientos especializados para el desarrollo de las actividades.

ii) Señalar, que, de preferencia, el contrato se ejecute a través de la entrega de productos.

- iii) Establecer la obligación de entregar un plan de trabajo.
 - iv) Puntualizar si el/la contratista deberá asistir a reuniones internas o externas a la entidad.
 - v) Sustentar y motivar, si por la naturaleza de las obligaciones, se requiere que su cumplimiento se de en un horario específico y/o en las instalaciones de la entidad. En este evento, debe haber una correlación directa entre el horario de trabajo, la permanencia del/la contratista en las instalaciones de la entidad y las actividades a desarrollar.
 - vi) Enfatizar en los estudios previos que el/la contratista gozará de autonomía e independencia en le ejecución del objeto a contratar.
 - vii) Plasmar en los estudios previos la necesidad, los requisitos de experiencia y la formación académica de la persona que se pretende contratar y evitar ambigüedades en el perfil. En todo caso, los núcleos de conocimiento establecidos en el perfil deben ser completamente afines.
 - viii) Redactar de forma clara, concreta y detallada el objeto contractual y las obligaciones del/la contratista y evitar cualquier tipo de ambigüedades.
- c. Planificar de forma detallada el contrato para que se ejecute durante el término estrictamente indispensable y se cumpla, a cabalidad, con el objeto contractual⁽¹⁵⁾.
- d. Capacitar a quienes ejercen la supervisión de los contratos sobre el alcance de sus funciones y recordarles que no tienen la calidad de jefes o del/la contratista. Por el contrario, sus principales gestiones son la vigilancia del debido cumplimiento del objeto contractual; la solicitud de informes de actividades y velar por la oportunidad y calidad del producto.

Prevención durante la ejecución del contrato de prestación de servicios

- a. Respetar la autonomía técnica, administrativa y financiera del/la contratista⁽¹⁶⁾, para lo cual no deberá incurrir en los siguientes comportamientos⁽¹⁷⁾:
- i) Imponer reglamentos propios de los/las funcionarios/as de planta.
 - ii) Solicitar el cumplimiento de horarios y la presencia física del/la contratista en las instalaciones de la entidad, salvo que en los estudios previos y en el contrato haya quedado suficientemente justificado y expresamente plasmado la necesidad de que este o esta cumpla con sus obligaciones dentro de un horario específico y en sus instalaciones.
 - iii) Exigir el cumplimiento de horas de compensación para descansos reenumerados (semana santa o fin de año)
 - iv) Otorgar vacaciones, días libres, permisos o licencias, como se hace con los/las funcionarios/as de planta (día del cumpleaños, día de la familia etc).
 - v) Establecer turnos para almuerzos y remplazos ante la ausencia de personal de planta
 - vi) Solicitar la asistencia a reuniones cuando no estén relacionadas con el objeto contractual.
 - vii) Enviar mensajes, instrucciones o recomendaciones, a través de medios físicos o electrónicos, que son propias de una vinculación legal y reglamentaria.
 - viii) Incluir a los/las contratistas en grupos y/o mensajes masivos de correo electrónico u otros medios digitales para asuntos administrativos o misionales de la entidad, salvo que se trate de instrucciones dirigidas únicamente a quienes tengan un contrato de prestación de servicios y que guarden relación con el objeto contractual.
 - ix) Entregar dotación e implementos de trabajo (escritorio, computador, teléfono, correo electrónico etc.), salvo que en los estudios previos se justifique la necesidad de que la entidad suministre este tipo de elementos.
 - x) Adelantar procedimientos disciplinarios, a través de la oficina de Control Interno Disciplinario, contra los/las contratistas⁽¹⁸⁾. En caso de incumplimientos contractuales, deberá acudir a los procedimientos y la normativa aplicable para el efecto.
 - xi) Realizar evaluaciones de desempeño que solo corresponden a los/las funcionarios/as de planta de la entidad.

xii) Variar las condiciones de tiempo, modo y lugar en la prestación de los servicios, sin que se suscriba otro sí para el efecto.

b. Coordinar entre quien supervisa y el/la contratista cómo y cuándo se dará cumplimiento al objeto del contrato. En el plan de trabajo se deben puntualizar las fechas de entrega de los productos, la asistencia a reuniones o cualquier otro aspecto relativo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que se desarrollará el objeto contractual⁽¹⁹⁾.

c. Canalizar de forma exclusiva, a través de quien supervisa el contrato, las recomendaciones, sugerencias, comentarios o aportes, en términos de tiempo y calidad de los productos y de las obligaciones de la contratista.

d. Dar cumplimiento al plan de trabajo que se haya estipulado en el contrato y no imponer requerimientos no contemplados en este.

e. Abstenerse de solicitar actividades que estén por fuera del objeto contractual y de las obligaciones.

f. Aplicar estos lineamientos y usar de manera adecuada los medios tecnológicos y de comunicaciones, cuando la prestación del servicio se lleve a cabo de manera remota por parte del/la contratista⁽²⁰⁾.

g. Verificar y garantizar el cumplimiento de estos lineamientos cuando el/la contratista subcontrate la prestación del servicio con terceros para el cumplimiento de actividades íntimamente ligadas a la misión y objetivos de la entidad contratante. Lo anterior, porque puede derivarse una solidaridad de la entidad contratante y el/la contratista en caso de que se configure un contrato realidad en favor del/la subcontratista⁽²¹⁾. Para estos efectos, la entidad deberá:

i) Garantizar buenas prácticas en la contratación de obras o labores, para evitar el ocultamiento de relaciones laborales implícitas respecto de los/las subcontratistas.

ii) Fortalecer los mecanismos de supervisión contractual para evitar que se configure un contrato realidad entre el/la contratista y el/la subcontratista que lleve a una solidaridad laboral entre ellos.

h. Analizar con anticipación si el contrato requiere una prórroga, en cuyo caso deberá estar debidamente justificada la necesidad de su suscripción. En este evento, deberá prorrogarse por el término estrictamente indispensable.

Prevención con posterioridad a la etapa de ejecución del contrato de prestación de servicios

a. Evitar incurrir en hechos cumplidos de la administración.

b. impulsar una reestructuración de la planta de personal ante la autoridad competente, en caso de que se evidencie que las actividades desarrolladas por los/las contratistas se convirtieron de carácter permanente.

IV. Conclusiones

1. Las entidades públicas tienen la responsabilidad de garantizar que el contrato de prestación de servicios no se convierta en un mecanismo de encubrimiento de una relación laboral y deben reconocer que todas las personas tienen derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

2. Una correcta planeación, ejecución y terminación del contrato de prestación de servicios llevará a prevenir que se configure el contrato realidad.

3. La subordinación es el elemento determinante para que se configure un contrato realidad, por lo tanto, quienes detentan cargos directivos, las y los jefes de oficina, y quienes ejerzan coordinación y supervisión de los/las contratistas deben procurar que el contrato de prestación de servicios no se desnaturalice.

MARTHA LUCÍA ZAMORA ÁVILA

Directora General

<NOTAS PIE DE PÁGINA>

¹ Sistema de Información eKOGUI, al 31 de diciembre de 2022 Correspondencia y Atención al Ciudadano; Carrera Calle 16 N°68d ~89 Sede Administrativa; Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3at Carrera 7 # 75- 66 Bogotá, Colombia



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA
n.d.
Última actualización: 30 de agosto de 2024 - (Diario Oficial No. 52.847 - 13 de agosto de 2024)

