

DIRECTIVA 015 DE 2018

(Mayo 31)

Para: SECRETARIOS (AS) DE DESPACHO, DIRECTORES (AS) DE DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS, GERENTES PRESIDENTES (AS) Y DIRECTORES (AS) DE ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS, UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES, EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL DISTRITO, SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, SOCIEDADES PÚBLICAS, EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTAS, EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO, ALCALDES Y ALCALDESAS LOCALES Y RECTOR DEL ENTE UNIVERSITARIO AUTÓNOMO.

De: SECRETARIA JURÍDICA DISTRITAL

Asunto: Lineamientos para la prevención del daño antijurídico en materia de Contrato Realidad.

En desarrollo de las competencias previstas en los numerales 2 y 4 del artículo 3º del Decreto Distrital 323 de 2016 relacionados, entre otros aspectos, con la orientación en materia de prevención de daño antijurídico, la Secretaría Jurídica Distrital realizó el estudio y análisis respecto de la litigiosidad y las condenas asociadas a la declaratoria de contrato realidad, considerando necesario impartir lineamientos a todas las entidades, organismos y órganos para que al interior de sus dependencias realicen prácticas orientadas a prevenir el daño antijurídico por actuaciones y conductas asociadas con el referido tema.

1. Causas comunes de declaratoria de Contrato Realidad en el Distrito Capital

De la revisión de algunas decisiones judiciales registradas en el SIPROJ, se evidencian como causas comunes de condena las siguientes:

- Los contratistas desarrollan funciones equivalentes a aquellas permanentes de la planta de personal, o actividades similares a la de los servidores, realizándolas de manera continua. Es decir, que la labor contratada por la Entidad y prestada por el/la contratista está referida a la que debe adelantar la entidad pública como propia u ordinaria en atención a su naturaleza, deber funcional y misional.
- Se realizan actividades que implican subordinación, esto es, se imparten órdenes por parte del supervisor o de alguien que actúa como superior, lo que desnaturaliza la figura de la coordinación y desvirtúa la autonomía e independencia con la que se deben ejecutar las obligaciones contractuales.
- La contratación se realiza de manera continua y permanente al servicio de la entidad, no de manera temporal ni excepcional.

2. Relación laboral y contrato realidad

Las Altas Cortes Colombianas han venido realizando diferentes pronunciamientos respecto a lo que significa un contrato realidad, en contraposición a la relación que se constituye con el contrato de prestación de servicios.

En Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 2016¹, el Consejo de Estado ratificó el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, cuando en la ejecución de un contrato bajo la modalidad de prestación de servicios se configuran los tres elementos de la relación laboral, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo.

Respecto del elemento relacionado con la subordinación, en dicha providencia precisó lo siguiente:

“i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo;

(ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; (...)” y

3. Relaciones no laborales a través del contrato de prestación de servicios.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 32, define los contratos de prestación de servicios 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 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".* (negrilla fuera de texto).

Por su parte, el numeral 4 del artículo 2 literal h) de la Ley 1150 de 2007, establece que su contratación podrá hacerse a través de contratación directa, por tanto, la naturaleza de éstos contratos, se diferencia de los contratos de tipo laboral. En Sentencia de Unificación No. 1001-03-26-000-2011-00039-00(41719) del 2 diciembre de 2013 expedida por el Consejo de Estado, Consejero Ponente Orlando Santofimio, respecto a la modalidad de contratación, señaló que::

“Una desagregación del contenido de esta norma habilitante del procedimiento administrativo contractual de la **“contratación directa”** permite visualizar dos claros elementos normativos de carácter imperativo para su procedencia: (i) El primero, nos indica que la norma opera de manera sistemática en relación con los contratos de prestación de servicios, definidos en la ley 80 de 1993 y que requieran las entidades estatales para el cumplimiento de sus cometidos, pero tan solo en dos claros eventos negociales de esta naturaleza: (i.i) En aquellos que tengan por objeto la prestación de servicios profesionales, y (i.ii) en todos aquellos otros casos en que los requerimientos de la entidad estatal tengan por objeto otras prestaciones de servicios de apoyo a la gestión de la entidad respectiva que deban desarrollarse con personal no profesional; (ii) El segundo, nos determina la procedencia de la causal en relación con un grupo especialísimo de contratos, que la jurisprudencia de la Corporación ha venido subsumiendo dentro del género de los de **“prestación de servicios”**, pero que por razones didácticas los analizamos de manera separada, y son aquellos que tienen por objeto la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales”.

Asimismo, con relación a la definición del alcance de la figura de contratos de prestación de servicios, la misma providencia preciso que:

Se puede afirmar, sin lugar a mayor dubitación, que la realidad material de las expresiones legales “...**para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión...**” engloba necesariamente una misma sustancia jurídica: la del contrato de prestación de servicios definido en el artículo 32 No 3 de la ley 80 de 1993 y que no es otro que aquel que tiene por objeto apoyar la gestión de la entidad requirente en relación con su funcionamiento o el desarrollo de actividades relacionadas con la administración de la misma,⁸⁵ que en esencia no implican en manera alguna el ejercicio de funciones públicas administrativas⁸⁶.

En realidad se trata de contratos a través de los cuales, de una u otra manera, se fortalece la gestión administrativa y el funcionamiento de las entidades públicas, dando el soporte o el acompañamiento necesario y requerido para el cumplimiento de sus propósitos y finalidades cuando estas por sí solas, y a través de sus medios y mecanismos ordinarios, no los pueden satisfacer; o la complejidad de las actividades administrativas o del funcionamiento de la entidad pública son de características tan especiales, o de una complejidad tal, que reclaman conocimientos especializados que no se pueden obtener por los medios y mecanismos normales que la ley le concede a las entidades estatales.

4. Desarrollo jurisprudencial en materia de contrato realidad

Los contratos de prestación de servicios, las relaciones laborales², la normatividad sobre servicio civil al Estado³ y, el régimen disciplinario general⁴, han sido objeto de expresa regulación constitucional y legal⁵ que articula reglas, normas, principios y valores constitucionales, a partir de todo lo cual, pueden extractarse varias subreglas que permiten distinguir entre eventos en los que resulta procedente uno

u otro tipo de relación contractual y que se han discernido de manera especial, en las Sentencias [C-094](#) de 2003⁶; [C-614](#) de 2009⁷ y, [C-171](#) de 2012^{8,9}.

Dentro de los desarrollos establecidos por las Sentencias de las Altas Corporaciones se reseñan los siguientes elementos:

a. La actividad contractual del Estado se define como una actividad de naturaleza colaborativa entre los contratistas del Estado y la administración, que conforme a Ley 80 de 1993, se encuentra orientada al *“cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.”* (Sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.). La existencia de contratos de prestación de servicios como modalidad de vinculación de personas a la Administración no configura *per se* una violación al derecho a la igualdad con los trabajadores propiamente dichos del Estado, pues, en principio, se está ante supuestos fácticos diferentes.¹⁰

La Sección Segunda del Consejo de Estado¹¹ analizó lo que implica que la labor contratada *“no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados”* la cual debe ser entendida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional.

b. El hecho de que se configuren los elementos propios del contrato realidad entre una persona y una institución oficial, no implica que se adquiera la calidad de empleado público, pues esta última actividad es reglada. Sentencia [T-903](#) de 2010.

c. La acción de tutela no procede para solicitar la declaratoria del contrato realidad porque el carácter de dicha acción es subsidiaria y residual. No obstante, esta regla también contiene una excepción que consiste en la posibilidad de que la mencionada acción constitucional puede ser ejercida por los sujetos que son titulares de una especial protección constitucional por parte del Estado. Sentencia T-392/17.

d. Las actividades relacionadas con la docencia en todos los casos son subordinadas¹².

e. El Consejo de Estado en los análisis realizados sobre la aplicación del contrato realidad en el ámbito de la administración pública, formuló los siguientes criterios complementarios:

“i) Criterio funcional: La ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo [121](#) de la Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público (...)

ii) Criterio de igualdad: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública.¹³

iii) Criterio temporal o de la habitualidad: Si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual¹⁴. Dicho en otros términos, si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral¹⁵.

iv) Criterio de la excepcionalidad: Si la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública¹⁶. Por el contrario, si la gestión contratada equivale al “giro normal de los negocios” de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual¹⁷.

5. Lineamientos en materia de prevención de daño antijurídico

De acuerdo con los pronunciamientos efectuados por las Altas Cortes, así como los aportes efectuados en el Comité Jurídico Distrital y en el Comité Distrital de Apoyo a la Contratación se imparten los siguientes lineamientos:

5.1. Implementar buenas prácticas en materia de contratación estatal

Teniendo en cuenta la legalidad de los contratos de prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión y para no incurrir en prácticas que puedan desvirtuar la relación contractual hacia una laboral se deberá tener en cuenta lo siguiente:

5.1.1. En la etapa precontractual

- En la revisión de la necesidad de contratación se deberá aplicar los criterios establecidos por el Consejo de Estado: funcional, igualdad, temporal o de la habitualidad y de excepcionalidad. Tal valoración deberá presentarse al Comité de Contratación de cada una de las entidades y organismos distritales a efectos de analizar los riesgos que se puedan generar con la contratación.
- En aplicación del principio de planeación, en los estudios previos deberán quedar establecidas con suficiencia las razones que justifiquen que la Administración suscriba un contrato de prestación de servicios profesionales, así como las

condiciones de ejecución del mismo, soportadas en la necesidad que la Entidad pretenda satisfacer, como, por ejemplo, la coordinación de horarios o lugares de prestación del servicio.

- La solicitud y certificación de que trata el Decreto Nacional [2209](#) de 1998 deberá establecer con precisión si se está en presencia de inexistencia o de insuficiencia de personal de planta, lo cual permitirá determinar la procedencia de la contratación y establecer parámetros específicos para la supervisión frente al cumplimiento de las obligaciones. El análisis deberá incorporarse de manera detallada en los estudios previos.

- Las obligaciones de los contratistas se redactarán respetando los criterios de autonomía en la prestación del servicio, en armonía con el proceso de coordinación que debe existir en la relación contractual, y del seguimiento que debe realizar la supervisión del contrato. Las entidades, organismos y órganos distritales deberán revisar las minutas de los contratos y efectuar las adecuaciones necesarias en los próximos procesos contractuales.

5.1.2. En la etapa contractual

- La relación que se entable entre la supervisión del contrato y el/la contratista deberá basarse en las condiciones señaladas en el contrato, esto es, debe garantizarse que el contratista desarrolle su función respetando su autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico¹⁸.

En tal sentido, la supervisión del contrato y/o cualquier persona dentro de la entidad deberá evitar realizar actos que puedan ser entendidos como configurativos de subordinación, tales como: órdenes directas, llamados de atención, aprobación de permisos, requerimiento de actividades por fuera de las obligaciones contractuales, capacitaciones, procesos disciplinarios etc, cambiándolas por seguimiento a las obligaciones contractuales, desarrollo de procesos sancionatorios encaminados a conminar al contratista al cumplimiento, tales como imposición de multas, aplicación de cláusula penal, declaración de incumplimiento etc.

- Efectuar capacitaciones a los supervisores de contratos para que de manera general conozcan las diferentes reglas y subreglas respecto a la diferencia entre las relaciones contractuales y las relaciones laborales, en cuanto la autonomía, temporalidad y la subordinación.

- Para el seguimiento de las actividades, es necesario que se establezca un cronograma de trabajo con el objeto que los requerimientos que se realicen se sujeten al contenido del mismo y a las obligaciones pactadas. En caso de incumplimiento, la supervisión del contrato, en desarrollo del numeral [1](#) del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 y artículos [84](#) y [86](#) de la Ley 1474 de 2011, debe dar aplicación a los procesos correspondientes para garantizar su ejecución.

5.2. Conformación de plantas temporales

En los casos de los proyectos de inversión para el cumplimiento del plan de desarrollo y en la medida en que tales actividades están asociadas a funciones específicas de las entidades, se deberá analizar la viabilidad de creación de plantas temporales para el cumplimiento de dichas funciones, para lo cual se tendrá en cuenta lo dispuesto en la Ley [909](#) de 2004 y el Decreto Único Nacional [1083](#) de 2015.

6. Adopción de medidas en los Comités

En los Comités de Desarrollo Administrativo (Gestión y Desarrollo Institucional), de Conciliación y de Contratación de cada sector y entidad, organismo y órgano distrital se deberá presentar el contenido de la directiva para adoptar las medidas necesarias tendientes a dar aplicación del contenido de la misma, según corresponda.

Cordialmente,

DALILA ASTRID HERNÁNDEZ CORZO

Secretaria Jurídica Distrital

¹ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter, Providencia del 25 de agosto de 2016.

² Artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución Política de la República y artículos 23, 24 y 34 del Código Sustantivo del Trabajo, adoptado por el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950 "Sobre Código Sustantivo del Trabajo", publicado en el Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949.

³ Artículo 2 del Decreto Ley 2400 de 1968 "Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones".

⁴ El numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 "por la cual se expide el Código Disciplinario Único".

⁵ Artículo 124 de la Constitución Política de la República y numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", Reglamentada por el Decreto Nacional 1510 de 2013, Modificada por la Ley 1150 de 2007, Reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 679 de 1994, 626 de 2001, 2170 de 2002, 3629 y 3740 de 2004, 959, 2434 y 4375 de 2006; 2474 de 2008 y 2473 de 2010.

⁶ Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

⁷ Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸ Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹ Estudio "El contrato realidad la prestación de servicios y los retos y riesgos de la estructura y proyección del servicio público", Eduardo Cifuentes Muñoz (2017).

¹⁰ Sentencias C-056 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-154 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara; y C-665 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 1º de marzo de 2012. Rad.: 25000-23-25-000-2008-00344-01(0681-11). Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹² Los elementos de tal definición pueden ser consultadas en la sentencia de Unificación Jurisprudencial de agosto 25 de 2016, Sección Segunda, Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter, Radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. En la misma sentencia se unifico el procedimiento para la prescripción y pago de las prestaciones sociales.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 6 de septiembre de 2008. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2152-06.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 3 de julio de 2003. Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, expediente 4798-02.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008. Consejero Ponente Jaime Moreno García, expediente 2776-05.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002. Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 3530-2001 (Nota original en el texto).

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial de agosto 25 de 2016. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter, Radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

¹⁸ La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. (Sentencia C-Sentencia C-614/09). En igual sentido, la Sentencia Sentencia C-094 de 2003, señala que “Una de las características fundamentales del contrato de prestación de servicios es la independencia del contratista. Éste no se encuentra subordinado a la administración, ni ve tampoco limitada su voluntad con ocasión del contrato suscrito.”

Proyectó: Zulma Rojas Suárez – Profesional Especializada

Revisó: José Ignacio Córdoba – Asesor de Despacho

Gloria Edith Martínez Sierra – Directora Distrital de Política e Informática Jurídica

Luz Elena Quimbayo Duarte – Directora Distrital de Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico

Ana Lucy Castro – Directora Distrital de Doctrina y Asuntos Normativos

Ruben Darío Gallego González – Profesional Especializado

Aprobó: William Antonio Burgos Durango