

LINEAMIENTOS PARA EVITAR LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD

PROCESO: GESTIÓN CONTRACTUAL

Versión: 1 del 12 de noviembre de 2024

1. OBJETIVO

Establecer lineamientos generales para evitar la configuración de los elementos del contrato realidad y de esta forma prevenir el daño antijurídico en defensa de la entidad, afianzando los procesos de estructuración, planeación, contratación, ejecución y supervisión contractual evitando que se configure relaciones laborales encubiertas en los contratos de prestación de servicios con personas naturales.

2. ALCANCE

Aplica para todos los jefes y colaboradores de las dependencias de la entidad, quienes deben estar comprometidos con la prevención en la configuración de los elementos del contrato realidad, dentro de los llamados a su cumplimiento se encuentran servidores, supervisores de contratos de prestación de servicios, responsables y colaboradores que intervienen en los procesos de gestión contractual.

Su promoción y divulgación pretende evitar litigios y condenas al estimar los riesgos, valorar las probabilidades de ocurrencia y el alcance e impacto que tendría para la entidad al materializarse en consecuencia con un detrimento patrimonial.

3. DEFINICIONES

Contrato de prestación de servicios: Contratos de prestación de servicios (Profesional o de Apoyo) 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.

Contratante: Es la parte que contrata a otro y tiene como obligación principal, pagar al contratista los honorarios pactados por la prestación del servicio.

Contratista: Parte contratada para que ejecute o desarrolle el contrato y tiene la obligación de hacer la obra o prestar el servicio para el que fue contratado.

LINEAMIENTOS PARA EVITAR LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD

PROCESO: GESTIÓN CONTRACTUAL

Versión: 1 del 12 de noviembre de 2024

Honorarios: Estipendio que se da a alguien por su trabajo en algún arte liberal o la prestación de cualquier servicio, y la acepción liberal se contrapone a la subordinación propia de una relación laboral. Por lo tanto, los honorarios tienen una naturaleza civil, descartando que puedan constituirse en pagos salariales o laborales en términos del Código Sustantivo del Trabajo.

Contrato de trabajo: Es 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.

Contrato realidad: El concepto del contrato realidad encuentra fundamento en el artículo 53 de la Constitución según el cual la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales es un principio mínimo fundamental de las relaciones de trabajo.

Empleador: Es, en un contrato de trabajo, la parte que provee un puesto de trabajo a una persona física para que preste un servicio personal bajo su dependencia, a cambio del pago de una remuneración o salario. La otra parte del contrato se denomina «trabajador» o empleado.

Subordinación: La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país.

Salario: Es el pago o remuneración que recibe de forma periódica un trabajador de mano de su empleador a cambio de cierta actividad productiva. El empleado recibe un salario a cambio de poner su trabajo a disposición del empleador, siendo éstas las obligaciones principales de su relación contractual.

Derecho laboral: O Derecho del trabajo es el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan las relaciones entre empleador(es), trabajador(es), las asociaciones sindicales del Estado. El Derecho del trabajo se encarga de normar la actividad humana lícita y prestada por un trabajador en relación de dependencia a un empleador a cambio de una contraprestación. Es un sistema normativo heterónimo y autónomo que regula determinados tipos de trabajo dependiente y de relaciones laborales. De esta manera, el concepto de trabajo al que presta atención el Derecho laboral es la actividad realizada por un humano que produce una modificación del mundo exterior, a través de la cual aquél se

LINEAMIENTOS PARA EVITAR LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD

PROCESO: GESTIÓN CONTRACTUAL

Versión: 1 del 12 de noviembre de 2024

provee de los medios materiales o bienes económicos que precisa para su subsistencia (productividad), y cuyos frutos son atribuidos libre y directamente a un tercero.

4. MARCO NORMATIVO

- Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración PÚBLICA.
- Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.
- Decreto 1068 de 2015. “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público” (Artículo 2.8.4.4.5)
- Decreto 2663 DE 1950 por el cual se expide el Código Sustantivo del Trabajo.
- Decreto 1015 de 2013 “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”
- Sentencia de unificación por importancia jurídica SUJ-025-CE-S2-2021 del nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.
- La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en su informe de litigiosidad del segundo trimestre de 2024 publicado el 31 de julio de la misma anualidad.
- Sentencia del 12 de febrero de 2009 (Radicación No. 25000-23-24-000-1999-05319-01)
- Sentencia del 19 de julio de 2012 (Radicación No. 25000-23-24-000-1998-07239-01)
- Sentencia del 7 de junio de 2018 (Radicación No. 11001-03-25-000-2013-00471-00)

5. CONTENIDO

5.1 Conceptos claves:

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración PÚBLICA*” define a los contratos de prestación de servicios de la siguiente manera:

LINEAMIENTOS PARA EVITAR LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD

PROCESO: GESTIÓN CONTRACTUAL

Versión: 1 del 12 de noviembre de 2024

“(...) 3. Contrato de prestación de servicios 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. (...)”

Por otro lado, el artículo 81 del Decreto 1015 de 2013 “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”, señala:

“(...) Artículo 81. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las entidades estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la entidad estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la entidad estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La entidad estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos. (...)”

LINEAMIENTOS PARA EVITAR LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD

PROCESO: GESTIÓN CONTRACTUAL

Versión: 1 del 12 de noviembre de 2024

En igual sentido, el artículo 2.8.4.4.5 del Decreto 1068 de 2015, establece las condiciones para contratar la prestación de servicios, así: *Los contratos de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, sólo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratarán.*

Se entiende que no existe personal de planta en el respectivo organismo, entidad, ente público o persona jurídica, es imposible atender la actividad con personal de planta, porque de acuerdo con los manuales específicos, no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o cuando aun existiendo personal en la planta, éste no sea suficiente, la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo. (...)

El Consejo de Estado, mediante sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 definió las características del contrato estatal de prestación de servicios de la siguiente manera:

“(i) Solo puede celebrarse por un «término estrictamente indispensable» y para desarrollar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes de esta.

(ii) Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

(iii) El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el Artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales».

Los contratistas estatales son simplemente colaboradores episódicos y ocasionales de la Administración, que vienen a brindarle apoyo o acompañamiento transitorio a la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación

LINEAMIENTOS PARA EVITAR LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD

PROCESO: GESTIÓN CONTRACTUAL

Versión: 1 del 12 de noviembre de 2024

algún ánimo o vocación de permanencia. (...)

De igual manera, contrato de trabajo se encuentra definido por el Código Sustantivo del Trabajo en los siguientes artículos:

“(...) ARTICULO 22. DEFINICION.

1. Contrato de trabajo es 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.

2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, {empleador}, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.

ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES.

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, 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. (...).”

LINEAMIENTOS PARA EVITAR LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD

PROCESO: GESTIÓN CONTRACTUAL

Versión: 1 del 12 de noviembre de 2024

5.2 Diferencia entre el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios:

La legislación laboral colombiana no regula los contratos de prestación de servicios, razón por la cual entre el contratante y el contratista no se genera una relación laboral, este último tendrá independencia sobre la forma en la cual desarrollará el objeto para la cual fue contratado y será autónomo en la ejecución del mismo, acogiéndose, entre otros, a las obligaciones de las partes, plazos y forma de pago.

Es decir, que uno de los elementos más importantes y diferenciadores entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo es la subordinación, entendida como la dependencia que tiene el trabajador del empleador, ya que faculta a este último para demandarle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario.

El Consejo de Estado ha emitido varias sentencias relacionadas con la configuración del contrato realidad, con el fin de determinar si, pese a la existencia de un contrato de prestación de servicios, se cumplen los elementos esenciales de una relación laboral. Dentro de algunas sentencias que tratan este tema se incluyen las siguientes:

- ❖ **Sentencia del 12 de febrero de 2009 (Radicación No. 25000-23-24-000-1999-05319-01)**

En esta decisión, se determinó que si se prueban los elementos del contrato laboral — subordinación, prestación personal del servicio y remuneración—, el vínculo será de naturaleza laboral, sin importar cómo lo denominen las partes. Esta sentencia estableció que la denominación de un contrato como "prestación de servicios" no excluye la existencia de una relación laboral si en los hechos se cumplen los elementos que configuran un contrato de trabajo.

- ❖ **Sentencia del 19 de julio de 2012 (Radicación No. 25000-23-24-000-1998-07239-01)**

En esta sentencia, se reconoció la existencia de un contrato realidad en una relación de prestación de servicios en la que se constató la subordinación y dependencia del trabajador hacia el contratante. Se subrayó que la verdadera naturaleza de la relación

LINEAMIENTOS PARA EVITAR LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD

PROCESO: GESTIÓN CONTRACTUAL

Versión: 1 del 12 de noviembre de 2024

laboral debe prevalecer sobre la forma contractual, y que los derechos laborales son irrenunciables, incluso si el contrato se denomina como de "prestación de servicios".

❖ Sentencia del 7 de junio de 2018 (Radicación No. 11001-03-25-000-2013-00471-00)

Se reiteró la importancia de verificar en la práctica la prestación personal del servicio, la subordinación y el pago de una remuneración. En esta sentencia se subrayó que la subordinación o dependencia es el criterio determinante para diferenciar entre un contrato de prestación de servicios y uno laboral. Si el trabajador sigue instrucciones directas, tiene un horario controlado y recibe órdenes de un superior, es probable que se configure una relación laboral.

Por lo anterior, se tiene que el fondo prevalece sobre la forma, es decir que no importa la denominación que se le dé al contrato si en la práctica, se cumplen los elementos esenciales de una relación laboral.

Así mismo, el principio de primacía de la realidad es esencial, dado que los jueces priorizan los hechos y las condiciones en las que realmente se desarrolló la relación sobre lo que se establezca en los documentos contractuales.

Estas decisiones del Consejo de Estado destacan la importancia de revisar detenidamente la relación laboral para evitar caer en la configuración de un contrato realidad, respetando las condiciones y limitaciones legales que diferencian un contrato de prestación de servicios de uno laboral.

5.3 Lineamientos generales para evitar la configuración del contrato realidad

1. Atender los lineamientos expedidos por autoridades y entidades del orden nacional y distrital frente a la defensa judicial y prevención de conductas y del daño antijurídico, específicamente en la configuración del contrato realidad. Por lo anterior es importante señalar lo siguiente.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en su último¹ informe de litigiosidad para la fecha de estructuración de los presentes lineamientos, indica como

¹ Segundo trimestre de 2024 publicado el 31 de julio de la misma anualidad

LINEAMIENTOS PARA EVITAR LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD

PROCESO: GESTIÓN CONTRACTUAL

Versión: 1 del 12 de noviembre de 2024

una de las causas de demanda en la jurisdicción contenciosa administrativa – laboral, la configuración del contrato realidad, por unas pretensiones de 0,8 billones de pesos.

En consecuencia, es importante que los funcionarios y contratistas del Instituto Distrital de Patrimonio Cultural, conozcan la siguiente información, a fin de evitar que dentro de la entidad se desfigure el contrato de prestación de servicios y se configure un contrato realidad, a saber:

Cuando se comprueba la existencia de la prestación personal del servicio, la remuneración y subordinación continuada, se desvirtúa el contrato de prestación de servicios, por lo que la entidad y sus funcionarios, especialmente aquellos que cumplen funciones de supervisión no tienen una calidad de jefe o jefa del contratista sino que su gestión está encaminada a vigilar el debido cumplimiento del objeto contractual, solicitar informes de actividades y que la entrega, si fuere el caso, de los productos pactados en el contrato, se hagan bajo las condiciones acordadas.

2. Prevención durante la etapa previa del contrato de prestación de servicios, a través de la revisión, verificación e inclusión de los siguientes aspectos en los documentos previos.

- La justificación de la insuficiencia de personal o
- El requerimiento de conocimientos especializados para cierta actividad,
- Sustentar y motivar la necesidad de ejecutar el contrato a través de la entrega de productos específicos,
- Justificación si se requiere o no la presencia física del contratista y en determinado rango de horas en las instalaciones de la entidad, por la naturaleza del servicio.
- Plasmar los requisitos académicos y de experiencia que se requieren
- Determinar de manera concreta el objeto y las obligaciones del futuro contratista, así como establecer un plan de trabajo.
- Indicar si el contratista debe asistir a reuniones internas o externas.
- Enfatizar que el contratista gozará de autonomía e independencia en la ejecución del contrato.

Recordamos que un contrato realidad se configura cuando, a pesar de la ausencia de un contrato escrito formal, se cumplen ciertos elementos que definen una relación laboral. Estos elementos incluyen: 1. Prestación personal del servicio, 2. Subordinación o dependencia y 3. Remuneración.

LINEAMIENTOS PARA EVITAR LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD

PROCESO: GESTIÓN CONTRACTUAL

Versión: 1 del 12 de noviembre de 2024

3. Respetar la autonomía técnica, administrativa y financiera de la que goza el contratista, en la etapa de ejecución, por lo que se deberá evitar incurrir en comportamientos como:

- Imponer reglamentos propios,
- Exigir cumplimiento del horario laboral y/o la presencia física del contratista en las instalaciones de la entidad, salvo que se haya pactado así en los estudios previos y se haya justificado esta necesidad,
- Otorgar vacaciones, días libres, permisos, turnos para almuerzos, reemplazos en ausencia de un compañero, etc.
- Adelantar procedimientos disciplinarios a través de la Oficina de Control Interno de la entidad, ya que para los contratistas existen los incumplimientos contractuales, que tienen un procedimiento y normativa diferente.
- Establecer turnos para almuerzos y reemplazos en ausencia del personal de planta.
- Entregar dotación e implementas de trabajo.

4. Cumplir con el manual de supervisión de la entidad, sobre el alcance de las funciones como supervisor, realizando la vigilancia del debido cumplimiento del objeto contractual, como la solicitud de informes de actividades y seguimiento en la ejecución del contrato como la entrega oportuna y calidad de los productos pactados. Recordando que no es una relación laboral, si no contractual.

Con base en todo anterior, es importante igualmente tener en cuenta los siguientes aspectos, correlativo a lo mencionado previamente.

5.4. Aspectos importantes a tener en cuenta para evitar la configuración del contrato realidad.

1. Contratos claros y adecuados: Utilizar correctamente los contratos de prestación de servicios o de otro tipo no laboral, asegurándose de que cumplan con las características legales de ese tipo, la persona contratada tiene independencia para realizar sus actividades y no se somete a instrucciones detalladas ni a un horario fijo impuesto por el contratante.

LINEAMIENTOS PARA EVITAR LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD

PROCESO: GESTIÓN CONTRACTUAL

Versión: 1 del 12 de noviembre de 2024

2. Evitar la subordinación o dependencia: Para que no se configure una relación laboral, debe evitarse cualquier forma de subordinación. Es importante que la persona contratada mantenga autonomía en la forma de llevar a cabo su trabajo, es decir, que no esté sujeta a un horario fijo, control directo ni instrucciones permanentes por parte de quien contrata.
3. Autonomía del contratado: La persona contratada debe tener la libertad de decidir cómo, cuándo y dónde realizar las actividades, sin necesidad de reportar constantemente al contratante. Además, puede prestar servicios a varios clientes o contratantes simultáneamente.
4. Servicios por productos, obras o labor: En contratos de prestación de servicios, el acuerdo debe ser por productos, obra o labor específica, y no de forma indefinida, esto hace que el vínculo esté claramente relacionado con el cumplimiento de un objetivo puntual y no con una relación laboral estable y permanente.
5. No involucrar beneficios propios de una relación laboral como afiliación a la seguridad social bajo la modalidad de empleado (siempre será como contratista independiente), vacaciones, primas, o permisos remunerados.
6. Documentación y soporte: Es importante contar con toda la documentación y soporte que demuestre que la relación es contractual y no laboral, incluyendo los contratos, informes de avance del contratado, y comprobantes de pago de seguridad social como independiente, entre otros. Si se quiere evitar la configuración de un contrato realidad, es clave asegurarse de que la relación de trabajo esté bien regulada por un contrato que defina claramente la independencia de las partes y los límites de la relación.

Es importante mencionar que es responsabilidad de la entidad garantizar que el contrato de prestación de servicios se ejecute como tal y no se transfiguren sus características a fin de encubrir una relación laboral entre la entidad y la persona, con el fin de evitar la vulneración de derechos fundamentales de las personas tales como el trabajo, el cual debe darse en condiciones dignas y justas.

LINEAMIENTOS PARA EVITAR LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD

PROCESO: GESTIÓN CONTRACTUAL

Versión: 1 del 12 de noviembre de 2024

6. CONTROL DE CAMBIOS

Fecha	Versión	Cambios Introducidos	Simplificación o mejora	Origen
02-10-2024	01	Creación del documento.		

7. CRÉDITOS

Elaboró	Revisó	Aprobó
Laura Isabela Motta Ortiz Contratista Profesional Oficina Jurídica	Marcela Lucía Díaz Turizo Profesional Especializado Zulma del Pilar Leal Rojas Contratista Profesional Oficina Jurídica	Sandra Janneth Rueda Ibáñez Jefe Oficina Jurídica
Documento de Aprobación	Memorando interno con N° radicado 20241100161413 del 02-10-2024	