CIRCULAR No. 36

Para: SERVIDORES PÚBLICOS – ADRES

De: DIRECTORA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA - ADRES

Asunto: Lineamientos de Prevención del Daño Antijurídico por la figura del contrato realidad.

Fecha: Agosto 26 de 2020

La Dirección Administrativa y Financiera de la ADRES, con el propósito de continuar fortaleciendo las buenas prácticas en la ejecución de los procesos y procedimientos que adelanta y como parte de la Política de Prevención del Daño Antijurídico adoptada al interior de la Entidad, la cual es liderada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a través de la presente circular, comparte algunos conceptos e imparte recomendaciones, con el fin de evitar la configuración del contrato realidad, en ejecución de contratos de prestación de servicios, y prevenir así un daño antijurídico a la Entidad, por posibles demandas y/o reclamaciones judiciales y administrativas.

La eventual configuración del contrato realidad, fue identificada como posible causa de litigiosidad y generadora de daño antijurídico, dentro de la Política de Prevención del Daño Antijurídico de la Entidad, teniendo en cuenta el número de contratos de prestación de servicios personales suscritos a la fecha y en ejecución.

1. Definiciones

- **Contrato de Prestación de Servicios:**

La Ley 80 de 1993 "*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"* 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).

- **Contrato realidad:**

En Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 2016[1], 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,

siendo ellos, (i) la prestación de servicios u oficios de manera personal, (ii) la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y (iii) la contraprestación la cual se denomina salario.

El contrato realidad, se podría configurar cuando el servicio prestado por una persona natural a la ADRES, se desarrolla bajo la continuada dependencia y/o subordinación de esta, y en contraprestación recibe un pago o remuneración, ello con independencia de la modalidad contractual pactada.

Por ello, los conceptos y recomendaciones que a continuación se presentan, buscan evitar que, en la ejecución de contratos de prestación de servicios personales, se materialice el elemento *"subordinación",* y, por el contrario, se garantice de manera contundente que el desempeño de un contratista se da con total autonomía e independencia, esto en condiciones distintas a un cualquier servidor público.

Es importante precisar que, aun cuando la contratación de particulares en la ADRES, se ha dado con fundamento en las previsiones normativas aplicables a los contratos de prestación de servicios, es importante que tanto las áreas requirentes de la contratación, así como los supervisores designados, tengan en cuenta las siguientes precisiones y recomendaciones para no incurrir en prácticas que puedan desvirtuar la relación contractual hacia una laboral:

2. Recomendaciones Generales en las etapas del proceso de Contratación:

- **En la etapa precontractual**

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 y/o apoyo a la gestión, así como las condiciones de ejecución de este, soportadas en la necesidad que la Entidad pretenda satisfacer, como, por ejemplo, la coordinación de horarios o lugares de prestación del servicio.

Así mismo desde la etapa de planeación debe analizarse si la vinculación a la entidad ha sido por muchos años de manera continua e ininterrumpida para la ejecución de los mismos objetos contractuales, en cuyo caso debe establecerse de manera clara la distinción e independencia de cada vínculo contractual.

Tener en cuenta durante la planeación del contrato, si pueden existir funciones homólogas realizadas por servidores de planta a las obligaciones que van a ser contratadas, caso en el cual deberán especificarse las especiales condiciones y circunstancias de la prestación de los servicios a contratar.

La diferencia radica en la forma en la que se ejecutan los servicios que se contratan, buscando preservar a toda costa la autonomía y la independencia del contratista. Sin perjuicio de que las obligaciones estipuladas en el contrato de prestación de servicios sean de carácter especializado y sin ser homólogas a las que corresponden al giro ordinario de la entidad, sí se llevan a cabo en razón a órdenes sucesivas del empleador, podría desnaturalizarse el contrato y configurarse un vínculo laboral.

Frente a la solicitud y certificación de inexistencia o de insuficiencia de personal de planta 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.

Especificar en el estudio previo y en el respectivo contrato, la razón por la cual es indispensable que, de acuerdo con la necesidad a satisfacer, el contratista cumpla un horario o diligencie planilla de ingreso y salida, cuando a ello haya lugar.

- **<u>En la etapa contractual</u>**

La relación que se entable entre la supervisión del contrato y el contratista deberá basarse en las condiciones señaladas en el contrato, esto es, debe garantizarse que el contratista desarrolle sus obligaciones respetando su autonomía e independencia.

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.

<u>3. Recomendaciones particulares:</u>

- **Solicitud de cumplimiento de horario.**

La fijación de un horario y el cumplimiento de este no implica *per se* la existencia de una relación laboral, sino que tan solo es un indicio de la existencia de esta. Así mismo, la fijación de un horario con base en el principio de coordinación no significa *per se* que exista una subordinación y por ello, un elemento contrato realidad. Esto, siempre y cuando, se respete la libertad del contratista y la autonomía en la realización de sus obligaciones.

Por ello, la recomendación va encaminada en que deben establecerse de manera precisa las razones para la contratación y las necesidades que se pretendan satisfacer con el contrato, incluyendo la coordinación de horarios o lugar de prestación del servicio, en los estudios previos. De igual modo, las obligaciones pactadas deben ser definidas en pro de respetar la autonomía del contratista.

Determinar en los contratos de prestación de servicios, en caso de que el contratista deba cumplir un horario y permanecer en la Entidad, cuál es la clara necesidad para hacerlo, recalcando que podría establecerse en aras de lograr la eficacia y productividad de la labor contratada.

- **Trámite de Incapacidades Médicas.**

Para evitar la configuración de uno de los elementos del contrato realidad (subordinación), es recomendable que, como parte contratante, no se realice ningún acto de aceptación y comprobación sobre incapacidades. En caso de que sean aceptadas, deberán ser devueltas mediante escrito en el cual se entienda inequívocamente, que estos procedimientos deben adelantarse ante la E.P.S a la cual esté afiliado el contratista por estar bajo la calidad de trabajador independiente, y no ante la entidad.

- **Permisos.**

No resulta pertinente establecer para el contratista la obligación de solicitar permisos para ausentarse cualquiera que fuere el motivo. En ese mismo sentido, tampoco deben realizarse llamados de atención por ausentarse. Se recomienda en este aspecto, en virtud del contrato celebrado con el contratista, exigirle el cumplimiento íntegro de las obligaciones pactadas a través de los mecanismos dispuestos en el contrato para ello y como parte del seguimiento, a fin de verificar las razones que puedan estar impidiendo una adecuada ejecución del contrato.

- **Diligenciamiento de planillas de ingreso y de salida.**

Esta obligación no habrá de exigírsele a los contratistas de prestación de servicios, por cuanto tiene que ver con el diligenciamiento de planillas o control de ingreso y salida, siendo la forma como los trabajadores acreditan el cumplimiento del horario de trabajo, por tanto, la misma responde a un ejercicio de las potestades de subordinación en cabeza del empleador, lo que significaría la existencia de un indicio para la configuración del contrato realidad.

- **Entrega de elementos y puesto de trabajo para desarrollar la actividad.**

En el contrato de prestación de servicios, en caso de que el contratista deba prestar sus servicios en la Entidad, deben quedar establecidas las razones por las cuales se hará así, lo cual deberá responder a motivos de eficiencia, oportunidad y naturaleza de la labor o actividad que va a desarrollarse.

Debe ser claro que la obligación de otorgarse al trabajador los elementos y un puesto de trabajo adecuados para el desarrollo de sus funciones se presenta única y exclusivamente en el marco de un contrato de trabajo.

- **Cumplimiento de metas**

Durante la ejecución del contrato de prestación de servicios con los contratistas, la Entidad no deberá exigir al mismo el “cumplimiento de metas”, por cuanto ellas son propias de los contratos laborales. Por el contrario, deberá exigir el cumplimiento de las obligaciones descritas en el contrato que hayan sido asignadas para el mes o período correspondiente y los productos y/o entregables que se le hayan solicitado, si hay lugar a ello, sin olvidar que las labores que realiza deben circunscribirse únicamente a actividades esporádicas o que, en caso de ser de aquellas del giro ordinario de las labores asignadas a la entidad, requiera un excepcional grado de especialidad y conocimiento.

- **La Coordinación de actividades no configura subordinación**

El Consejo de Estado, en sentencia del 6 de mayo del 2015, indicó que el contratante y su contratista pueden coordinar las actividades a desarrollar sin que esto sea considerado como una subordinación, y por tanto un contrato individual de trabajo.

El Consejo de Estado lo plasmó así:

"Entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación".

Ahora bien, es normal que al observar un contrato de trabajo de prestación de servicios en el cual se pacte el cumplimiento de un horario, se considere esto como un aspecto conformante de la subordinación. No obstante, antes de esta hipótesis, ***se debe analizar el tipo de trabajo encomendado, pues en ocasiones la fijación de este es producto de la concertación entre los intervinientes en pro de lograr el desarrollo del objeto del contrato.***

4. Recomendación Final:

Por último, es menester señalar que el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, ha indicado que el contrato de prestación de servicios no puede utilizarse como instrumento para desconocer derechos laborales, y conforme a ello, en aplicación al principio constitucional establecido en el Artículo 53 de la Constitución Política "*prima la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*". Lo anterior significa que todo tipo de relación laboral disfrazada bajo un ropaje legal diferente, en la práctica implica que se esté en presencia de un contrato laboral realidad; es decir, que el contratista podrá ser considerado un servidor público.

Así entonces, se espera con los lineamientos y recomendaciones emitidas a través de esta circular, que los contratos de prestación de servicios profesionales y/o de apoyo a la gestión celebrados en la ADRES se determinen en función de necesidades específicas, para evitar la configuración del contrato realidad y prevenir así un daño antijurídico a la Entidad; garantizando de manera contundente que el desempeño de un contratista se da con total autonomía e independencia.

Cordialmente,

ANDREA CONSUELO LOPEZ ZORRO