

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 renumerados (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 detenten 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 3 Carrera 7 # 75- 66 Bogotá, Colombia

² Esta sentencia es de carácter vinculante para la resolución de conflictos cuya competencia este atribuida a la Jurisdicción de lo Contencioso- Administrativo y aplica a todas las controversias pendientes de solución tanto en sede administrativa como en sede judicial. Sobre el particular, la ANDJE expidió el lineamiento que desarrolla la interpretación y aplicación de la Sentencia de Unificación No. 2013-01143, en relación con la configuración del contrato realidad, el cual puede ser consultado en:

<https://www.defensajuridica.gov.co/docs/BibliotecaDigital/Documentos%20compartidos/0370.pdf>

³ Cfr. Artículo [25](#) de la Constitución Nacional (C.N.)

⁴ Cfr. Artículo [22](#) del Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T.)

⁵ Cfr. Ordinal 1° del artículo [23](#) del C.S.T.

⁶ Al respecto el artículo [53](#) de la C.N: "El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales". Así mismo, consultar, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional, C-960 de 2007, noviembre 14 de 2007. Tesis reiterada, entre otras, en los siguientes fallos: T-018 de 2016, enero 29 de 2016 y T-392 de 2017, junio 20 de 2017.

⁷ Cfr. Ordinal 2° del artículo [23](#) del CST.

⁸ Cfr. Ordinal 3° del artículo [32](#).

⁹ Cfr. Artículo [32](#) de la Ley 80 de 1993. Al respecto, consultar, entre otras, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia 2013-04117-01(2813-16), marzo 8/2018. Sobre la constitucionalidad de la expresión "cuando no puedan realizarse con personal de planta" ver: Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997, marzo 19 de 1997.

¹⁰ Cfr. Artículo [39](#) de la Ley 80 de 1993.

¹¹ Cfr. Artículo [23](#) de la Ley 80 de 1993.

¹² Al respecto, ver las siguientes sentencias del Consejo de Estado: Sección Tercera, Subsección. B. Sentencia 1999-00546 (21489), mayo 28 de 2012; Sección Tercera, Sala Séptima de Decisión, 2009-00132 (AP), mayo 25 de 2021; Sección Tercera, Subsección C, 2010-00240(AP), noviembre 22 de 2021.

¹³ Así lo ha indicado el Consejo de Estado: "En primer lugar, debe señalarse que existe una clara línea jurisprudencial de esta Corporación en la que ha considerado que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en

aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende hacia la garantía de los derechos mínimos de las personas, preceptuados en normas respecto de la materia" Sección Segunda, Subsección A, sentencia 2018-01830-01 (2423-2021), diciembre 05/2022.

¹⁴ Al respecto, ha señalado el Consejo de Estado: "...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 algún ánimo o vocación de permanencia" Sección Segunda, sentencia 2013-01143 (1317-2016), septiembre 09/2021.

¹⁵ El Consejo de Estado señaló en sentencia de unificación: que "el principio de planeación está relacionado de forma directa con el principio de legalidad, cuya observancia en la formulación de los documentos que conforman la etapa precontractual, en cada proceso de selección pública, es manifestación de una correcta y transparente planeación (sic). En este sentido, la exigencia de introducir un "término estrictamente indispensable" para la ejecución del objeto convenido en la etapa precontractual no es un requisito de forma; es un elemento esencial del principio de planeación -y en consecuencia del de legalidad- en cuanto determina la duración del negocio jurídico" Sección Segunda, sentencia 2013-01143 (1317-2016), septiembre 09/2021.

¹⁶ A diferencia de lo que ocurre en el contrato de trabajo, en el contrato de prestación de servicios el/la contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad desde el punto de vista técnico y científico en cuanto a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado.

¹⁷ Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia 2013-01143 (1317-2016), septiembre 09/2021.

¹⁸ Si bien, en los términos del artículo [70](#) de la Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario, los/las contratistas son sujetos disciplinables cuando ejercen funciones públicas, es decir, prerrogativas exclusivas de los órganos del Estado, la competencia está en cabeza de la Procuraduría General del Nación y no de las oficinas de control interno disciplinario, pues estas solo son competentes para conocer de asuntos contra servidores públicos (inciso 5° del artículo [2](#) de la Ley 1952 de 2019). Sobre el particular, se puede consultar el concepto emitido por la Procuraduría General de la Nación, el 6 de mayo de 2019: https://apps.procuraduria.gov.co/gd/docs/cto_pgn_0000098_2019.html#NF7

¹⁹ Sobre el particular el Consejo de Estado ha sostenido: "(...) el principio de coordinación, ínsito en los contratos de prestación de servicios, consiste en la sincronización de las actividades que ejerce el contratista con las directrices que imparte el contratante para la ejecución eficiente y eficaz del contrato, por lo que es indispensable que exista una concertación contractual, en la que aquel cumple su contrato con independencia, sin embargo, en armonía con las condiciones necesarias impuestas por su contraparte, respecto de las cuales esta ejerce control, seguimiento y vigilancia al pacto suscrito. Diferente es la subordinación, en virtud de la cual existe una sujeción del trabajador hacia su empleador y, en tal sentido, este cuenta en todo momento con la posibilidad de disponer del trabajo de aquel, quien a su vez tiene la obligación correlativa de obedecerle. En efecto, el empleador impone las condiciones de tiempo, modo y lugar, inclusive con sus propios elementos o instrumentos, para que el trabajador desarrolle sus labores, sin que le asista ningún tipo de independencia" Sección Segunda, sentencia 90305-01(2143-19), octubre 09 de 2020.

²⁰ El fenómeno de la deslocalización laboral ha llevado a que las actividades a desarrollar por los/las funcionarios/as y contratistas puedan ejecutarse en lugares diferentes a las instalaciones de la entidad empleadora o contratante.

²¹ Cfr. Artículo [34](#) del CST.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores

ISSN 2256-1633

Última actualización: 30 de septiembre de 2024 - (Diario Oficial No. 52.869 - 4 de septiembre de 2024)

