



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

EL COMITÉ DE DEFENSA JUDICIAL, CONCILIACIÓN Y REPETICIÓN DE LA EMPRESA DE RENOVACIÓN Y DESARROLLO URBANO DE BOGOTÁ D.C.

en uso de sus facultades legales y en especial las conferidas en el artículo 2.2.4.3.1.2.5 del Decreto Nacional 1069 de 2015, artículo 2º de la Resolución 202 de 2020 de la Empresa y artículo 4º del Acuerdo 01 del CDJCR, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 2.2.4.3.1.2.2. del Decreto Nacional 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, definió al Comité de Conciliación como una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre la prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la respectiva entidad.

Que el artículo 2.2.4.3.1.2.5. del Decreto en mención, dispuso como una de las funciones del Comité de Conciliación la de: *“1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico”.*

Que el Decreto Distrital 430 de 2018 *“Por el cual se adopta el Modelo de Gestión Jurídica Pública del Distrito Capital y se dictan otras disposiciones”* en su artículo 4, estableció como uno de los objetivos de dicho Modelo el de: *“4.6. Promover la cultura de prevención del daño antijurídico y establecer medidas y acciones de defensa judicial del Distrito Capital para la protección del patrimonio público”.*

Que el mismo Decreto, en el Título II, Capítulo III, Sección I, se estableció la prevención del daño antijurídico como un componente transversal del Modelo de Gestión Jurídica Pública, y dispuso en el artículo 39 que: *“Las entidades y organismos distritales desarrollarán la prevención de conductas que puedan generar una lesión ilegítima o daños a los particulares o al Distrito Capital, que en el ejercicio de la función pública lleven a la administración a responder por los perjuicios patrimoniales y/o extrapatrimoniales que se causen.”*

Que dicho artículo, previó que: *“(…) la Prevención del Daño Antijurídico hace parte de la Defensa Judicial y consiste en solucionar, mitigar o controlar la falencia administrativa o misional que genera litigiosidad”;* que las políticas de prevención del daño antijurídico deben ser proferidas por el Comité de Conciliación de la entidad u organismo distrital atendiendo los lineamientos que defina la Secretaría Jurídica Distrital y que las políticas que se formulen serán presentadas a la Secretaría Jurídica Distrital, quien analizará la pertinencia de adaptarlas para el Distrito Capital.

Que el inciso 2º del artículo 41 del Decreto 430 de 2018 señaló que: *“las entidades y organismos distritales a través de los Comités de Conciliación deberán, en el marco de la cultura de la prevención del daño antijurídico, analizar de manera integral las causas que originan el daño antijurídico y proponer acciones de prevención.”*



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

Que la Secretaría Jurídica Distrital, a través de la Directiva 025 de 2018, fijó los parámetros para la formulación de las Políticas de Prevención del Daño Antijurídico por parte de los Comités de Conciliación de los organismos y entidades distritales, y determinó que: *“El Comité de Conciliación de cada organismo y entidad distrital deberá tener en cuenta todas las fuentes de responsabilidad del Estado (actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones), con ocasión de la gestión administrativa propia de cada ente público, como herramientas para el estudio, análisis, formulación y adopción de sus políticas de prevención del daño antijurídico, sin perjuicio de lo establecido en el inciso final del artículo 39 del Decreto Distrital 430 de 2018. Dichas políticas determinarán acciones concretas que mejorarán los procesos internos de los organismos y entidades y que al ser aplicadas optimizarán la eficiencia y eficacia del sector público distrital reduciendo demandas en el mediano plazo; minimizando los costos de enfrentar procesos judiciales, y disminuyendo los pagos a realizar por concepto de conciliaciones y sentencias”.*

Que la Secretaría Jurídica Distrital, mediante el Instrumento de Gerencia 006 de 2019, señaló que se debe contar con una Cultura de Prevención del Daño Antijurídico PDA, que *“(…) deberá partir del cumplimiento de los principios de la función pública, el debido conocimiento y alcance de las funciones, la vigilancia colectiva de cada servidor o colaborador de la entidad, así como el conocimiento y aplicación de la respectiva Política de Prevención del Daño Antijurídico. Esta última será una herramienta para articular la actuación de los abogados, cumplir el principio de la buena administración y garantizar la gestión diligente de las entidades frente a sus administrados. En tal sentido, la Política PDA deberá ser ajustada de forma tal que haga explícita la cultura PDA como quiera que esta última, determinará la actividad del Cuerpo de Abogados y de las dependencias donde ocurre la falta.”*

Que la Resolución 202 del 28 de agosto de 2020, mediante la cual se conforma el Comité Defensa Judicial, Conciliación y Repetición de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C., y del Acuerdo 01 de 2020 de este Comité, de la misma fecha, se determinaron las funciones del mismo, dentro de las cuales se encuentra la de realizar la formulación y ejecución de políticas de Prevención del Daño Antijurídico.

Que, en cumplimiento de las disposiciones señaladas, el Comité de Conciliación debe establecer los lineamientos para prevenir que se presenten demandas, acciones o mecanismos alternativos de solución de conflictos de los que pueda derivarse una condena contra o un acuerdo que genere el pago de una suma de dinero a cargo de la Empresa, originados en situaciones de acoso laboral.

Que, en este sentido, para el Comité de Defensa Judicial, Conciliación y Repetición es preciso establecer la política de prevención del daño antijurídico en relación con los Contratos de Prestación de Servicios, al cual debe sujetarse la Empresa.

Que, en consecuencia, este Comité en pleno, en sesión del 16 de diciembre de 2021,



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

ACUERDA:

ARTÍCULO 1º. Apruébese la “Política de Prevención del Daño Antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”, la cual se describe a continuación:

POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTI JURÍDICO 06 - 2021 EN MATERIA DE CONTRATO REALIDAD EN LA EMPRESA DE RENOVACION Y DESARROLLO URBANO DE BOGOTÁ D.C.

I. DENOMINACIÓN DE LA POLÍTICA.

POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTI JURÍDICO EN MATERIA DE CONTRATO REALIDAD EN LA EMPRESA DE RENOVACIÓN Y DESARROLLO URBANO DE BOGOTÁ D.C.

Estado	APROBADA
Sesión y fecha	Acta del 16 de diciembre de 2021.

II. JUSTIFICACIÓN

1. Normatividad

En la Constitución Política de 1991 se consagraron las siguientes disposiciones relacionadas con la debida protección de los derechos de los trabajadores:

Artículo 25. *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”*

Artículo 53. *“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;*



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”

DECRETO 2197 DE 1945:

ARTICULO 3o. Por el contrario, una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera.

ARTICULO 6o. No son simples intermediarios ni representantes, sino contratistas independientes, y como tales, verdaderos patronos de sus trabajadores, los que contraten la ejecución de una o varias obras o labores en beneficio ajeno, por un precio determinado, para realizarlas con sus propios medios y con autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo, dueño de la obra o base industrial a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficio estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a estos trabajadores.

ARTICULO 20. El contrato de trabajos se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción.

LEY 80 DE 1993:

Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación

3o. 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.



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

(...). CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO:

(...) 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.

(...) 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.

(...) ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores. 2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

DECRETO 1083 DE 2015:

ARTÍCULO 2.2.30.2.1 Contrato de trabajo. Se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y el empleador, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia y este último a pagar a aquella cierta remuneración.

ARTÍCULO 2.2.30.2.2 Elementos del contrato de trabajo. En consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos: 1. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo. 2. La dependencia del trabajador respecto



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

del empleador, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional. 3. El salario como retribución del servicio.

ARTÍCULO 2.2.30.2.3 Prevalencia de la realidad sobre las formas. Por el contrario, una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del empleador, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera (...)

2. Antecedentes en la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.

De acuerdo con la información que reposa en la Subgerencia Jurídica de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C. actualmente cursa una demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección “A” M.P. Carmen Alicia Rengifo Sanguino, cuyo Demandante es: David Augusto Cortes Vidal quien Demanda a la EMPRESA DE RENOVACIÓN Y DESARROLLO URBANO DE BOGOTA D.C. expediente identificado bajo el No. 2020-00021-00 cuyas pretensiones son del siguiente tenor:

- 1.- Solicitud de declaratoria de nulidad del oficio No. - 20194200047011 del día 30 de mayo de 2019
- 2.- Solicitud de declaratoria de Nulidad de la comunicación No. - 20194200065551 del 17 de julio de 2019.
- 3.- Se reconozca y paguen los siguientes emolumentos

AÑO	CESANTIAS	INTERESES A LAS CESANTIAS	PRIMA DE SERVICIOS	VACACIONES	VALOR
2009	\$1.074.600				\$1.074.600
		\$ 64.476			\$ 64.476
			\$1.074.600		\$1.074.600
				\$ 537.300	\$ 537.300
2010	\$2'321.136				\$2'321.136
		\$ 278.536			\$ 278.536
			\$2'321.136		\$2'321.136
				\$1'160.568	\$1'160.568
2011	\$2'413.800				\$2'413.800



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

		\$ 289.656			\$ 289.656
			\$2'413.800		\$2'413.800
				\$1'206.900	\$1'206.900
2012	\$2'800.000				\$2'800.000
		\$ 336.000			\$ 336.000
			\$2'800.000		\$2'800.000
				\$1'400.000	\$1'400.000
2013	\$2'950.000				\$2'950.000
		\$ 354.000			\$ 354.000
			\$2'950.000		\$2'950.000
				\$1'475.000	\$1'475.000
2014	\$3'111.417				\$3'111.417
		\$ 373.370			\$ 373.370
			\$3.111.417		\$3.111.417
				\$1'555.708	\$1'555.708
2015	\$3'001.996				\$3'001.996
		\$ 360.239			\$ 360.239
			\$3'001.996		\$3'001.996
				\$1'500.998	\$1'500.998
2016	\$1'425.948				\$1'425.948
		\$ 81.279			\$ 81.279
			\$1'425.948		\$1'425.948
					\$ 712.974

PRIMAS	\$20'300.000 Millones
Indemnización por terminación Unilateral del contrato de trabajo sin justa causa.	\$15'161.090 Millones
Sanción Moratoria del Art 65 del CST Ley 789 de 2002 por no haberse cancelado a la terminación del contrato los salarios y prestaciones debidos al trabajador	NO se determina por la apoderada
La ERU deberá pagar los dineros de los aportes pagados por el convocante a las entidades encargadas de la seguridad social en pensión, salud dicho valor es de:	\$ 58'249.117



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

De no efectuarse el pago en forma oportuna la entidad liquidara los intereses y moratorias que corresponden hasta que se realice el pago debidamente indexado y actualizado	Es una mera expectativa
---	-------------------------

La Cuantía fue estimada por la apoderada del demandante en la suma de CIENTO SESENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$164.891.549.00 M/CTE)

El proceso ingresó al despacho de la Magistrada Ponente, y está pendiente de fijar fecha para audiencia inicial.

3. Análisis jurídico del contrato de prestación de servicios en la normatividad estatal.

Contrato de prestación de servicios en la normatividad estatal

El Decreto 222 de 1983 definía al respecto:

“Artículo 163... se entiende por contrato de prestación de servicios el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta.”

*“No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas, salvo autorización expresa de la Secretaría de la Administración Pública de la Presidencia o de la dependencia que haga sus veces.
Se entiende por funciones administrativas aquellas que sean similares a las que estén asignadas, en todo o en parte, a uno o varios empleos de planta de la entidad contratante”*

Más adelante se hacía un listado, no taxativo, de las clases de contratos de prestación de servicios:

“Art. 164. De las clases de contratos de prestación de servicios. Son contratos de prestación de servicios, entre otros, los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, servicios de salud distintos de los que celebren las entidades de previsión social; edición, publicidad, sistemas de información y servicios de procesamiento de datos, agenciamiento de aduanas, vigilancia, aseo; mantenimiento y reparación de maquinaria, equipos, instalaciones y similares.”



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

“Art. 165. De los contratos de prestación de servicios de carácter técnico o científico. Los contratos de prestación de servicios también podrán celebrarse con personas naturales o jurídicas con el fin de obtener y aprovechar conocimientos y aptitudes especiales de carácter técnico o científico.”

La Ley 80 de 1993 derogó estas normas y, en su lugar, definió, en el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993:

“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.”

También, el literal d) del numeral 1 del artículo 24 de la ley 80 de 1993, el cual señala que habrá lugar a la contratación directa: *“Para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.”*

Por su parte el Decreto 1082 de 2015, dispone al respecto lo siguiente:

“Artículo 2.2.1.2.1.4.9. 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.”

De conformidad con lo expuesto hasta el momento, el Consejo de Estado ha caracterizado las diferentes modalidades de contratos de prestación de servicios, así como el de consultoría en tanto que le resulta semejante, por medio de la sentencia del 2 de diciembre



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

de 2013, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera, Radicación n.º 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719), en los siguientes términos:

“Contrato de prestación de servicios profesionales.

Su objeto está determinado por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad, tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, con conocimientos especializados siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas consideradas legalmente como profesionales. Se caracteriza por demandar un conocimiento intelectual cualificado: el saber profesional.

Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación.”

“Contrato de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión.

Su objeto contractual participa de las características encaminadas a desarrollar actividades identificables e intangibles. Hay lugar a su celebración en aquellos casos en donde las necesidades de la Administración no demanden la presencia de personal profesional.

Aunque también se caracteriza por el desempeño de actividad intelectual, ésta se enmarca dentro de un saber propiamente técnico; igualmente involucra actividades en donde prima el esfuerzo físico o mecánico, en donde no se requiere de personal profesional.

Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación.”

“Contrato de prestación de servicios para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.

Tienen lugar dentro de esta categoría los contratos de prestación de servicios que tengan por objeto la ejecución de trabajos artísticos, esto es, trabajos que corresponden al conjunto de creaciones humanas que expresan una especial visión del mundo, tanto real como imaginaria, y que sólo pueda celebrarse con determinadas personas naturales, lo que implica que el contratista debe ser un artista, esto es, una persona reconocida como realizador o productor de arte o trabajos artísticos.”

“Contrato de Consultoría

*Su objeto contractual está centrado hacia el desarrollo de actividades que implican el despliegue de **actividades de carácter eminentemente intelectual**, pero presenta como particularidad sustantiva que tales esfuerzos están dirigidos, específicamente, al cumplimiento de ciertos cometidos **expresamente definidos***



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

por el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; esto es, para la realización de estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control o supervisión. Se incluyen dentro de este tipo aquellos contratos que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programas y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.”

Al respecto, conviene analizar desde el punto de vista de los hechos aquellas hipótesis en que los contratos que reciben las denominaciones referidas, una vez analizados sus elementos esenciales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil, degeneran en otros, como sería el caso del contrato laboral, con los efectos correspondientes.

4. Contrato realidad. Normatividad y jurisprudencia

Para iniciar se debe resaltar que la Constitución Política determina en el artículo 53 la “*primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*”, como también que el Código Sustantivo del Trabajo define el contrato laboral y sus elementos esenciales en los siguientes términos:

“Artículo 22. Definición.

Artículo 22. 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.

Artículo 23. Elementos esenciales. [Modificado por el art. 1, Ley 50 de 1990]

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.”

En relación con la posibilidad de que en la ejecución de un contrato de prestación de servicios profesionales celebrado con una persona natural se configure uno de naturaleza



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

laboral, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dispuesto, por medio de la sentencia T – 426 de 2015, lo siguiente:

“5. El principio del contrato realidad en la administración pública.

5.1. El artículo 53 de la Constitución Política enuncia los principios mínimos fundamentales que deben regir el estatuto del trabajo, y presenta los derechos y principios que rigen los vínculos de carácter laboral, entre ellos, el principio del contrato realidad.

*Este enunciado constitucional de **la prevalencia de la realidad sobre la forma en materia laboral es desarrollado en el artículo 23 del C.S.T., subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990, disponiendo el nacimiento ipso facto del vínculo laboral cuando se cumplen los elementos esenciales del contrato de trabajo, esto es, una prestación personal del servicio, bajo subordinación y recibiendo una remuneración a cambio.***

5.2. La supremacía de la realidad ante las formas ha sido el criterio definitivo de múltiples decisiones de esta Corporación, por lo que mediante la verificación material de los elementos referidos como características esenciales del contrato de trabajo conlleva a reconocer la relación laboral y desvirtuar cualquier otra forma de vinculación.

Este principio fue desarrollado en sentencia C-154 de 1997, donde la Corte abordó el estudio del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 porque se cuestionó si la presencia de una relación laboral de facto en los contratos de prestación de servicios no reconocida por las entidades estatales contratantes, ha dado lugar a prácticas discriminatorias en contra de los contratistas y desventajas en materia de garantías y derechos laborales.

*En el análisis de rigor, con el fin de solventar la problemática distinguió el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral mediante la contraposición de sus elementos: **El contrato de prestación de servicios se caracteriza porque (i) tiene como objeto realizar una actividad relacionada con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada la entidad contratante, (ii) el desarrollo de lo encomendado es autónomo e independiente y, (iii) la vigencia del contrato es temporal.** Por el contrario, **el contrato laboral** se trata de un vínculo mediante el cual “se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, **la continuada subordinación laboral** y la remuneración como contraprestación del mismo”.*

*Al respecto de la disimilitud del contrato laboral y el contrato de prestación de servicios, este Tribunal sostuvo que **“el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios,** ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en **la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación***



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente”.
(...)” (Subraya y negrilla fuera de texto)

Por su parte, el Consejo de Estado ha proferido un número plural de providencias, entre ellas, la sentencia del 5 de mayo de 2005, radicación n.º 88001-23-31-000-2002-00071-01(3731-03), de la Subsección B de la Sección Segunda, la cual precisa:

“... el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (art. 53 C.P.). Vale la pena precisar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral como la mencionada no implica conferir al actor la condición de empleado público pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado: “Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado no confiere la condición de empleado público.” [sentencia del 25 de enero de 2001 Expediente 1654-2000] En la misma sentencia se indicó que en los casos en los cuales se desvirtúa el contrato de prestación de servicios por cuanto se logra demostrar la existencia de un contrato laboral, la persona que fue vinculada como contratista tiene derecho a recibir una indemnización por las prestaciones sociales dejadas de pagar.”

Con posterioridad, el Consejo de Estado ha proferido un número plural de providencias, entre ellas, la sentencia del 5 de mayo de 2005, radicación n.º 88001-23-31-000-2002-00071-01(3731-03), de la Subsección B de la Sección Segunda”, en torno al importante elemento de la subordinación, precisó:

“(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 (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.”



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

Recientemente, la Sección Segunda del Consejo de Estado profirió sentencia de unificación No. 2013-01143-01 (1317-2016) el 9 de septiembre de 2021, por medio de la cual dispuso:

“La jurisprudencia de esta corporación ha sido enfática en la garantía del principio de primacía de la realidad sustancial sobre la forma a la hora de determinar el tipo de vinculación realmente existente, de conformidad con el artículo 53 constitucional. Por lo tanto, si se llegan a constatar los elementos materiales para que exista una relación de trabajo, se debe determinar y declarar el vínculo laboral, independientemente del nomen iuris que se le haya dado, pues los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su contenido real.”

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala sostendrá la siguiente tesis: en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas (artículo 53 de la Constitución Política), la relación jurídica que unía a las partes es la de una relación laboral encubierta o subyacente, toda vez que en el plenario se probaron los elementos esenciales de esta y, además, la referida vinculación se extendió en el tiempo a través de diversos contratos sucesivos con un objeto semejante. (...)

Una vez expuesto lo anterior, resolvió en la parte resolutoria *“Unificar la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el sentido de precisar las siguientes reglas en las relaciones laborales encubiertas o subyacentes”:*

(i) La primera regla define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

(ii) La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.

(iii) La tercera regla determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal.

(...)

Posteriormente la Sección Segunda del Consejo de Estado, el día 11 de noviembre de 2021 procede a resolver las solicitudes de aclaración y/o adición de sentencia y señala:

(...) Por lo anterior, es del caso aclarar que esta corporación en ningún momento ha pretendido desestimular la utilización de este tipo de contratos; por el contrario, lo



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

considera un importante instrumento de gestión pública que apunta, fundamentalmente, a la solución y atención de determinadas necesidades de las diferentes entidades y organismos de la Administración. Sin embargo, como se dijo en la sentencia de unificación, lo que se busca es neutralizar la práctica extendida al interior de algunas entidades de utilizar, indebidamente, este tipo de contratos para burlar los derechos salariales y prestacionales de quienes, en realidad, más que contratistas autónomos e independientes, son verdaderos servidores del Estado, sometidos a un régimen de subordinación y dependencia que es de suyo contrario a los propósitos que tuvo el legislador al consagrar este tipo de contratos como estatales, de los cuales, en estricto rigor y cuando son celebrados conforme a la ley, no surge ninguna relación de naturaleza laboral.

En segundo término, el Ministerio Público plantea lo siguiente: «(...) se hace entonces necesario aclarar o adicionar las subreglas establecidas en la sentencia de unificación, en cuanto a los conceptos de “límite estrictamente necesario” y el plazo establecido como de solución de continuidad, toda vez que un proyecto de inversión puede tomar varios años, aunque por principio de anualidad, los contratos de prestación de servicios para desarrollarlo únicamente se pueden celebrar por anualidades, con lo cual ¿habría que esperar un período de 30 días hábiles, entre

Lo anterior quiere significar que si no están dados los presupuestos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, no puede hablarse de una relación laboral encubierta. Por lo tanto, el término de treinta (30) días hábiles, a que alude la segunda regla de unificación, tal como se dijo en la sentencia del 9 de septiembre de 2021, debe entenderse como un indicador temporal para inferir que no hay solución de continuidad entre un contrato y otro sucedáneo, y solo para efectos de la prescripción de derechos laborales.

(v) un solo contrato de prestación de servicios podría dar lugar al surgimiento de una relación laboral encubierta, cuando el contratista no obre realmente conforme a la autonomía e independencia que son propias de este tipo de vinculación, sino bajo la subordinación y dependencia de la entidad contratante.

(vi) Ahora bien, cuando una entidad celebra de manera continuada o sucesiva contratos de prestación de servicios con una misma persona natural, bajo las mismas condiciones de subordinación o dependencia, y la celebración de esos contratos se da dentro del término de treinta (30) días hábiles, señalados en la segunda regla, debe concluirse, tal como se indicó en la sentencia de unificación, que el contrato precedente y el (o los) sucedáneo forman parte de «(...) una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente (...)», pero, solamente, para concluir que esos contratos configuran una única relación laboral, para efectos de prescripción de los derechos laborales, salariales y prestacionales.



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda,

Resuelve:

Primero. Aclarar la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, proferida el día 9 de septiembre de 2021, por esta Sección, respecto de las cuestiones formuladas por el Ministerio Público, en los términos indicados en la parte considerativa de esta providencia.

(...)

5. Sugerencias para la prevención del daño antijurídico.

Desde el principio de estas líneas se ha señalado que la falta de una normatividad legal expresa que tipifique de manera detallada el contrato de prestación de servicios que celebran las entidades del Estado, genera dificultades para establecer una diferencia nítida respecto de las demás figuras contractuales, en particular del contrato laboral.

Ahora bien, los esfuerzos jurisprudenciales para concretar los elementos de este contrato estatal, y para zanjar de esta forma un límite con el laboral, que evite las consecuencias adversas de esa tipificación, han conducido a que la Secretaría Jurídica Distrital expida la Directiva n° 15 del 1 de mayo de 2018, en la cual se presentan, a título de “*buenas prácticas*”, las siguientes sugerencias:

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 debe tener en cuenta lo siguiente:

En la etapa precontractual

- En la revisión de la necesidad de contratación se deberá aplicar los criterios establecidos por el Consejo de Estado...

- 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. ...

-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.”

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,



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

- esto es, debe garantizarse que el contratista desarrolle su funciones respetando su autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico.*
- *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 clausula 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.*

Al respecto, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado habida cuenta de la sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 9 de septiembre de 2021 expidió un documento el 20 de octubre de 2021, en relación con los “Lineamientos sobre Prevención del Daño Antijurídico, Conciliación Temprana y Estrategias Generales de Defensa Judicial en Materia de Configuración del Contrato Realidad”, en el cual indica, entre otras cosas, a título de conclusiones relevantes, lo siguiente:

- (...) 1. Los contratos de prestación de servicios de que trata el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 sólo pueden celebrarse con personas naturales por un «término estrictamente indispensable» y para la realización de «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.*
- 2. Para la suscripción de contratos de prestación de servicios las entidades deberán justificar la insuficiencia de personal de planta, o el requerimiento de conocimientos especializados para el desarrollo de las actividades.*
- 3. El contratista deberá conservar durante todo el término de la relación contractual un alto grado de autonomía para el desarrollo del objeto contractual y el cumplimiento de las actividades emanadas del mismo.*
- 4. La suscripción del contrato de prestación de servicios no supone una relación de subordinación entre la entidad contratante y el contratista, pero si implica una relación de coordinación para el cumplimiento objeto contractual y la satisfacción de los propósitos de la entidad.*



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

5. Los contratistas estatales son colaboradores episódicos y ocasionales de la administración, que tienen como función brindar apoyo o acompañamiento a la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación una vocación de permanencia.

6. Los contratos de prestación de servicios no deben celebrarse para satisfacer necesidades misionales de carácter permanente de la administración. En ningún evento se pueden suscribir contratos para encubrir, ocultar o disfrazar relaciones de carácter laboral.

7. En suscripción de contratos sucesivos con la misma persona, la sentencia de unificación acoge el término de treinta (30) días hábiles como límite temporal a efectos de que opere la solución de continuidad.

Recomendaciones:

a. En la fase precontractual:

- Abstenerse en todo momento de dar instrucciones, impartir ordenes, o solicitar el cumplimiento de actividades a personas cuya relación contractual con la entidad ha finiquitado, aún en los eventos en los que se requiera volver a contratar con la misma persona. Este hecho constituye un comportamiento que incrementa de manera grave el riesgo jurídico de configurar una verdadera relación laboral.

- Acudir al contrato de prestación de servicios cuando sea estrictamente necesario y evitar que a través del mismo se desarrollen funciones de carácter permanente de la administración.

- Elaborar estudios previos respetando el principio de planeación y legalidad, en los cuales se deben establecer y justificar las necesidades de la entidad y la temporalidad de las mismas.

- Establecer expresamente en los estudios previos la necesidad de la contratación y la temporalidad del objeto contractual.

- Evitar contratar la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad.

- En los eventos en que se acuda a la prórroga del contrato, se deben soportar la situación por las cuales se hace necesario la modificación o ampliación del plazo inicialmente pactado.

b. En la fase de ejecución contractual:

-La subordinación o dependencia continuada del trabajador constituye un elemento subjetivo determinante que distingue las relaciones de carácter laboral de las demás prestaciones de servicios, en razón de lo cual la entidad debe abstenerse de:

-Exigir al contratista el cumplimiento de órdenes. En sentido contrario, la entidad sí puede efectuar una coordinación de actividades. Así lo indicó la sentencia de unificación al señalar que “lo que debe existir entre contratante y contratista es una relación de coordinación de actividades, la cual implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente del objeto contractual, como



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

puede ser 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”.

-Imponer el cumplimiento de jornada y horario, salvo que las necesidades del servicio así lo requieran, siempre y cuando exista una justificación estricta y precisa.

-Imponer al contratista los protocolos de la organización y someterlo a su poder disciplinario.

-Exigir al contratista la asistencia presencial a la entidad para el cumplimiento de sus actividades, lo anterior siempre y cuando dicha necesidad no esté justificada en los estudios previos y la minuta del contrato.

-Evitar exigirle al contratista la participación obligatoria en capacitaciones o eventos que no se encuentren estipulados en el contrato de prestación de servicio

- La entidad debe garantizar que las funciones del contratista se desarrollen con alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante.

Debe también capacitar de manera permanente a los supervisores de los contratos de prestación de servicios para el debido ejercicio de las funciones y evitar la desnaturalización del mismo.(...)

Por su parte, la Secretaría General de la Alcaldía Mayor y la Secretaría Jurídica Distrital emitieron la Circular 026 del 7 de octubre de 2021 para proporcionar orientaciones respecto de los contratos de prestación de servicios y las medidas que deben ser tomadas en atención a las leyes, la jurisprudencia y, en particular, a la sentencia de unificación referida, determinó:

1. La debida estructuración y planeación de la necesidad en los contratos de prestación de servicios.

a) Motivar las razones que justifiquen la necesidad de acudir a la celebración del contrato de prestación de servicios (cuando esas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

b) Determinar la duración del contrato, por el término estrictamente indispensable para ejecutar el objeto contractual y las obligaciones derivadas del mismo, así como los medios que pondrá a disposición para el cumplimiento del objeto contractual.

c) Establecer que los objetos y obligaciones a desarrollar correspondan a actividades ocasionales o que de manera excepcional y temporal cumplan funciones pertenecientes al objeto misional de la respectiva entidad, siempre que no haya suficiente personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

d) Pactar obligaciones aterrizadas, reales, claras, que no sean ambiguas y que correspondan a la necesidad identificada por la entidad y a la forma de satisfacerla.

2. En la ejecución de contratos de prestación de servicios.

a) No debe existir subordinación o dependencia, sino una relación de coordinación de actividades entre la entidad contratante y el contratista.



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

b) El contratista debe ejecutar las obligaciones con plena autonomía sin imponerle cargas de exclusividad, por cuanto este tipo de contratos no genera relación laboral.

c) La supervisión contractual debe basarse en las condiciones señaladas en el contrato y permitir la independencia en el desarrollo de la actividad contratada, por lo que se debe evitar realizar actos que pueden ser entendidos como subordinación o dependencia, lo cual no impide que se realice el debido seguimiento a las obligaciones contractuales, así como el desarrollo de procesos sancionatorios encaminados a conminar al contratista en casos de incumplimiento.

d) La sentencia no está prohibiendo prórrogas o adiciones de contratos, por ello las mismas son procedentes a la luz de las precauciones del fallo, de las disposiciones legales y reglamentarias y de los lineamientos expedidos sobre la materia por las Entidades competentes.

3. En las acciones preventivas del daño antijurídico y en las políticas institucionales:

a) Capacitar a las oficinas jurídicas, áreas de contratos, supervisores y demás actores de la gestión contractual, en la correcta aplicación de las reglas definidas por la sentencia de unificación, para una efectiva prevención del daño antijurídico, en todos los aspectos del contrato de prestación de servicios que eviten una verdadera relación laboral de dependencia o subordinación, para la ejecución de los contratos y capacitar en los medios de control jurisdiccional, la extensión de jurisprudencia y/o la solución de controversias por medios alternativos como la conciliación.

b) Cada entidad identificará sus riesgos y adoptará medidas de prevención del daño antijurídico toda vez que la sentencia analizada contribuye a la formalización del empleo, al trabajo digno y decente, al respeto de derechos fundamentales y con ello a impulsar medidas de política pública, para ampliar plantas en forma temporal o definitiva, la modalidad de supernumerarios, tendientes a vínculos más estables, como política institucional.

Por su parte, la Subgerencia Jurídica de la ERU, por medio de la Comunicación Interna I2021002817 del 27 de octubre de 2021 emitió un concepto acerca de los efectos de la sentencia analizada, en el cual presentó las siguientes conclusiones y respuestas:

CONCLUSIONES

Presentadas las consideraciones frente al tema de consulta, la Subgerencia Jurídica, procede a dar respuesta en forma general al interrogante planteado por la Gerencia General, en los siguientes términos:

Como no existía una reglamentación que determinara la interrupción de continuidad del vínculo laboral en contratos sucesivos, en la Sentencia de Unificación se determinó un periodo de 30 días hábiles, así: “establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios.”



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

Sin embargo, la misma sentencia advierte que los 30 días no son “una camisa de fuerza para que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia de cara a no a determinar la no solución de continuidad” Subrayado fuera del texto.

Es decir, si el juez se encuentra frente a varios contratos de prestación de servicios donde se puede comprobar la existencia de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, el operador judicial fallaría como una unidad contractual, puesto que lo que se busca con los 30 días hábiles, es romper con la continuidad a fin de no tener que cancelar prestaciones sociales por una unidad de vínculo contractual. Esto no significa que interrumpiendo la elaboración de los contratos por 30 días hábiles, se desvirtúen los demás elementos esenciales. En este caso el juez entrará a analizar cada uno de los contratos.

Es por esto, que es de suma importancia no permitir que se configuren los tres elementos esenciales dentro de los contratos de prestación de servicios, siendo la subordinación un elemento clave al momento de demandar por un contrato realidad. La subordinación, es considerada como un elemento diferenciador entre la relación laboral y una civil o comercial. De conformidad con la Recomendación de la OIT 198 de 2006, existen varios indicios de una relación laboral subordinada, como:

- 1. Cuando el servicio es controlado por otra persona*
- 2. Cuando hay exclusividad*
- 3. Disponibilidad del trabajador*
- 4. Aplicación de sanciones disciplinarias*
- 5. Cuando el trabajo se realiza en un lugar definido*
- 6. Cumplimiento de un horario y disponibilidad permanente*
- 7. Cuando se reciben herramientas y materiales del empleador para poder realizar el trabajo*
- 8. entre otros*

Es por esto que en un contrato de prestación de servicios debe existir es una coordinación y total independencia del profesional prestador del servicio.

RESPUESTA A LA CONSULTA ELEVADA

Por todo lo anterior se concluye que no es necesario interrumpir la suscripción de los contratos de prestación de servicios por 30 días hábiles, ya que esta interrupción por sí sola no constituye la inexistencia de un contrato realidad.

Se debe garantizar que los supervisores de los contratos de prestación de servicios no ejerzan sobre los contratistas exigencias como las mencionadas anteriormente que puedan llegar a configurarse como subordinación.

Consideramos que la forma de mantener indemne a la empresa frente a cualquier tipo de demanda por contrato realidad, es evitar la concurrencia de los tres elementos esenciales del contrato laboral.



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

III. ESTRATEGIA Y LINEAMIENTOS PARA LA PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO EN RELACIÓN CON EL CONTRATO REALIDAD QUE DEBE OBSERVAR EL COMITÉ DE CONCILIACIÓN.

1. Estrategia de prevención del daño antijurídico.

1.1. Identificación del problema.

En relación con la demanda presentada por el ex contratista de la ERU, en el primer y único caso evidenciado, se identifican las siguientes presuntas causas generales:

- Fallas en la supervisión del contrato de prestación de servicios
- La permanencia en el servicio, continuidad de objeto y sujetos.
- Nominación inadecuada de bienes o servicios, condiciones y regulaciones (referentes a relación laboral).
- Insuficiencia en la planta de cargos para el desarrollo de actividades misionales de las Empresa.
- Cumplimiento de idénticas actividades por parte de vinculados y contratistas.
- Contratación por prestación de servicios de actividades propias de Empleados y trabajadores públicos.
- Exigencia a los contratistas de porte de carné.
- Cumplimiento de horarios e instrucciones.

Evidenciados los antecedentes, causas y consecuencias citadas, se hace necesario adoptar una política de prevención del daño antijurídico que permita administrar los hechos, garantizar las condiciones de ejecución de los contratos de prestación de servicios y evitar la materialización del daño consistente en la declaratoria de contrato realidad.

1.2. Medidas para evitar la materialización del problema

La Empresa cuenta con distintas herramientas que dispuestas adecuadamente pueden ayudar con la prevención del daño antijurídico y se destacan las siguientes:

- Ejercicio óptimo de la supervisión y/o interventoría que redunde en la satisfacción de la necesidad del servicio requerida por la administración, enmarcada en programas y proyectos con la adecuada administración en tiempos, condiciones y oportunidad ajustada a derecho. Para el efecto, el manual de supervisión e interventoría deberá ser difundido adecuadamente al igual que realizados los procesos de inducción y reinducción que garanticen el cabal conocimiento por parte de los servidores públicos y/o contratistas que ejercen dicho rol en los contratos.
- Adopción de un manual de contratación ajustado a la realidad de la Empresa.
- Establecer estrategias internas de estructuración de necesidades de servicio y modelo de contratación, pretendiendo que los servicios contratados sean los



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

efectivamente recibidos en condiciones de tiempo, modo y lugar, y obedeciendo a condiciones propias del servicio profesional o de apoyo de gestión.

- Desarrollar a cargo de la Subgerencia Jurídica en concordancia con la Dirección de Gestión Contractual un monitoreo que permita determinar los posibles riesgos de declaratorias de contrato realidad por la prestación continuada, subordinada y dependencia de servicios a cargo de personas naturales.
- Las Empresa deberá adoptar minutas de contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión de la Entidad que de forma clara y precisa establezcan productos cuantificados o cuantificables, se eliminarán referencias a horarios, formas de prestación del servicio, presentación personal, suministros de material o dotación.
- Los Supervisores, al momento de ser notificados de la designación suscribirán un acta de compromiso en el que velarán por el cumplimiento del contrato con estricta sujeción a las cláusulas en el previstas, la Constitución y la Ley.
- Los expedientes contractuales darán cuenta de la necesidad y la forma de satisfacerlo, de forma consistente con las metas del Plan de Desarrollo que apliquen a la respectiva entidad enmarcándolo claramente en tiempos y condiciones.
- El mantenimiento y servicios generales serán contratados a través de empresas legalmente constituidas y habilitadas para la prestación de dicho servicio. Las actividades reguladas o controladas, entre ellas, vigilancia y transporte se sujetarán a las disposiciones y regulaciones propias de la materia.
- Los funcionarios que prestan el servicio de transporte del personal de mantenimiento harán rotaciones y coordinarán en tiempo y funciones evitando la continuidad en el mismo. En lo posible el servicio de transporte, será contratado.
- Debe verificarse que las actividades a realizar por contratistas de prestación de servicios no sean desarrolladas por personal vinculado.
- La Empresa, debe proveer los cargos vacantes, previa revisión a los procedimientos de Ley, disponibilidades financieras y presupuestales a efecto de disminuir así sea en un número mínimo, la contratación de prestación de servicios.

2. Presupuesto para llevar a cabo las medidas.

Se determinará el presupuesto de acuerdo con el cronograma y actividades establecidas para la implementación, socialización y posterior capacitación, en relación con las políticas que se adopten, en virtud de lo señalado en el Modelo Integrado de Planeación y Gestión Nacional (MIPG), además de realizar el seguimiento de las actuaciones de las áreas que requieran la visión técnico-jurídica, mediante el grupo interdisciplinario dispuesto para ello.

3. Cronograma para su desarrollo.

Las medidas y recomendaciones establecidas en el presente documento de política deben implementarse de manera inmediata.



ACUERDO 08 DE 2021

“Por medio del cual se aprueba la política de prevención de daño antijurídico en materia de Contrato Realidad de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C.”.

4. Resultados esperados.

Propiciar que las personas vinculadas a la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C. conozcan la política y la apliquen debidamente

5. Indicadores para su medición.

Se establecerán estrategias de monitoreo constante a cargo de la Dirección de Gestión Contractual y de la Oficina de Control Interno, de forma conjunta, en atención a las cuales se administrará el riesgo asociado a la declaración de contrato realidad de forma periódica, y se generará un reporte que dé cuenta del cumplimiento e implementación de la presente política.

6. Implementación de la Política a partir de su socialización.

Con el fin de dar cumplimiento a la presente Política de Prevención del Daño Antijurídico dentro de la Empresa, se debe poner en conocimiento de todos sus funcionarios con el propósito de crear conciencia sobre su importancia.


7. Áreas que deben intervenir.

Todas las áreas que conforman la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá deben intervenir en la implementación y adopción de la presente política, toda vez que la Empresa tiene en todas las áreas Contratistas por Prestación de Servicios que podrían generar un riesgo patrimonial para la Entidad y sus respectivas consecuencias.

ARTÍCULO 2º. En cumplimiento de la Directiva Distrital 25 de 2018 de la Secretaría Jurídica Distrital remítase copia de este Acuerdo a la Secretaría Jurídica Distrital.

ARTÍCULO 3º. La presente política fue discutida y aprobada por los miembros del Comité en sesión del día veintidós (22) del mes de diciembre de 2021 y regirá a partir de su expedición.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,


CAROLINA JARAMILLO RESTREPO
PRESIDENTE COMITÉ
Delegada del Gerente General


ADRIANA SÁNCHEZ ARCILA
SECRETARIA TÉCNICA