

**COMUNICACIÓN INTERINSTITUCIONAL**

Para: Jefes de Oficinas Asesoras Jurídicas y Defensores (as) de las Entidades Públicas del Orden Nacional

De: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Asunto: Lineamiento sobre la interpretación y aplicación de la Sentencia de Unificación No. 2013- 01143 proferida por el Consejo de Estado en relación con la configuración del contrato realidad

Bogotá, D.C, 20 de octubre de 2021

En desarrollo de lo dispuesto en la Ley 1444 de 2011, el Decreto Ley 4085 de 2011 otorgó competencias en materia de defensa judicial y prevención de las conductas y del daño antijurídico a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE).

De conformidad con este marco normativo, a la entidad le corresponde promover, en aquellos casos que considere pertinente, las acciones y gestiones que deban adelantar las entidades públicas para una adecuada prevención y defensa de los intereses de la Nación.

El artículo 3 del Decreto 4085 de 2011 señala, en concreto, que la defensa jurídica del Estado abarca “el conjunto de las actuaciones dirigidas a la garantía de los derechos de la Nación y del Estado y de los principios y postulados fundamentales que los sustentan, y a la protección efectiva del patrimonio público”.

Mediante comunicación interinstitucional de carácter confidencial No. 01 del 24 de julio de 2017, la ANDJE emitió a las Entidades Públicas del Orden Nacional, *“Lineamientos sobre Prevención del Daño Antijurídico, Conciliación Temprana y Estrategias Generales de Defensa Judicial en Materia de Configuración del Contrato Realidad”*.

Este documento desarrolló las principales falencias de la administración por las cuales se declara la configuración de un contrato realidad, y dio lineamientos generales para promover las buenas prácticas en las diferentes fases de los contratos de prestación de servicios contemplados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

En relación con el contrato realidad, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia del nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)¹, procedió a unificar jurisprudencia sobre algunas características del contrato de prestación de servicios que habían generado controversia frente a la existencia de relaciones laborales encubiertas o subyacentes y

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Segunda de Contencioso Administrativo, Sentencia de Unificación del 09 de septiembre de 2021, radicación No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016)



sobre los cuales existían variadas interpretaciones por parte de los diferentes Tribunales Administrativos.

Esta Agencia, con el fin de prevenir el daño antijurídico, emite este lineamiento de carácter confidencial a las entidades estatales sobre la interpretación y aplicación de los criterios en materia de configuración del contrato realidad determinados por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación, y da alcance a los lineamientos establecidos en la Comunicación Interinstitucional de Carácter Confidencial No. 01 del 24 de julio de 2017.

La Agencia resalta que la obligación de garantizar la protección de los trabajadores está consagrada en diferentes normas constitucionales, en tratados internacionales ratificados por Colombia y en un amplio desarrollo legal.

La Corte Constitucional ha manifestado que el trabajo goza de amplia protección en la Constitución, pues define su naturaleza jurídica a partir de una triple dimensión: como valor fundante del Estado Social de Derecho, como principio rector del ordenamiento jurídico, y como derecho y deber social.

Por lo anterior, todas las entidades deben darle a esta materia una relevancia especial en aras de prevenir la desnaturalización del contrato de prestación de servicios y la consecuente declaratoria de una relación laboral, y actuar en lo correspondiente para proteger el derecho de los trabajadores, de los contratistas y el patrimonio público.

Este documento consta de cinco partes:

- I. Objetivos del lineamiento.
- II. Conclusiones más relevantes de la Sentencia de Unificación No. 2013-01143.
- III. Alcance a la interpretación de las tres reglas objeto de unificación jurisprudencial:
 - a. Sentido y alcance de la expresión **“término estrictamente indispensable”** del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.
 - b. El término de interrupción de los contratos estatales y la solución de continuidad.
 - c. Devolución de mayores aportes a la Sistema de Seguridad Social en Salud efectuados por el contratista.
- IV. Efectos de la sentencia de unificación.
- V. Recomendaciones adicionales en materia de prevención del año antijurídico frente a la causa de litigiosidad denominada **“Configuración del Contrato Realidad”**.



I. Objetivos del lineamiento

El presente lineamiento tiene los siguientes objetivos:

- (i) Insistir a las entidades públicas en la prohibición de usar la figura del contrato de prestación de servicios con personas naturales de manera indiscriminada para encubrir, disfrazar u ocultar verdaderas relaciones laborales²; y
- (ii) Emitir una serie de recomendaciones adicionales a las establecidas en la Comunicación Interinstitucional de Carácter Confidencial No. 01 del 24 de julio de 2017, con el fin de prevenir el daño antijurídico a causa de la configuración del contrato realidad.

II. Conclusiones relevantes de la Sentencia de Unificación No. 2013-01143

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 del objeto contractual y la satisfacción de los propósitos de la entidad.
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.

² El Consejo de Estado, Sección Segunda Sala Plena, en sentencia del 09 de septiembre de 2021. Radicación 05001-23-33-000-013-01143-01 (1317-2016), advirtió que a pesar de las constantes advertencias y recomendaciones por la Corte Constitucional para que los entes estatales cesen en el “uso indiscriminado” de la contratación por prestación de servicios, esta práctica que no solo persiste, sino que se ha extendido.



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.³

III. Reglas objeto de unificación jurisprudencial

a. Sentido y alcance de la “expresión estrictamente indispensable”

1. El principio de planeación contractual⁴ definido en el Estatuto de Contratación Estatal, supone para las entidades públicas el cumplimiento de una serie de deberes y obligaciones, entre las cuales se encuentran, la identificación de las necesidades a contratar y de los medios para satisfacerlas, los cuales deben estar documentados en todo el proceso de la etapa precontractual.
2. La Sentencia de Unificación No. 2013-01143 señaló sobre el particular 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. 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”.

Conforme a ello, las entidades públicas, deberán determinar un «término estrictamente indispensable» para la ejecución del objeto a contratar desde la etapa precontractual. Siendo esta obligación un requisito de fondo para la ejecución del objeto convenido, y su omisión puede conducir a la nulidad del contrato.

3. 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, y representa el lapso de tiempo durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto contractual, las actividades y las obligaciones que de él emanan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento.

³ Sobre el particular la Sentencia de Unificación del 09 de septiembre de 202, señaló: “Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» 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 determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado.”

⁴ Desarrollado por los numerales 6, 7 y 12 del artículo 25 y el numeral 3 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993.



4. En los contratos estatales de prestación de servicios, el «término estrictamente indispensable», determina que la temporalidad y la excepcionalidad son las características determinantes de los contratos estatales de prestación de servicios, y a través de ellos no se pueden desarrollar de forma permanente las funciones misionales de las entidades públicas.
5. Lo anterior, supone que en ningún evento las entidades públicas podrán prorrogar de manera indefinida la ejecución de los contratos estatales de prestación de servicio, salvo que sucedan circunstancias imprevisibles para la administración. Así lo estableció el Consejo de Estado en la sentencia de unificación cuando señaló que “en la práctica, durante el término de ejecución de los contratos, suele ocurrir que se presentan ciertas situaciones imprevistas que exijan su prórroga; por lo cual, en algunos casos, el tiempo estimado, ab initio, como «el ajustado enteramente a la necesidad», puede resultar insuficiente. **En cualquier caso, las mismas razones que en su momento justificaron la planeación del contrato inicial y la suscripción de los contratos modificatorios del plazo de ejecución, deben encontrar soporte en los mencionados estudios previos**” (negritas fuera de texto).

b. Término de interrupción de la solución de continuidad en los contratos de prestación de servicios

1. En la Sentencia de Unificación No. 2013-01143, el Consejo de Estado, frente a la solución de continuidad de los contratos de prestación de servicios, precisó que la noción de solución de continuidad significa interrupción. “Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose”.
2. De conformidad con lo anterior, debe entenderse por solución de continuidad en los contratos de prestación de servicios, la interrupción o detención de la relación contractual, entre la celebración de uno y otro contrato, con identidad de persona, objeto y actividades, que rompe la unidad del vínculo contractual.
3. El Consejo de Estado, a través de la sentencia de unificación bajo examen, determinó que el límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios, es de treinta (30) días hábiles.
4. Lo anterior implica que, si transcurre el término mínimo de los treinta (30) días hábiles entre un contrato y otro, se considera que dichas relaciones son *prima facie* independientes, por lo cual el demandante estará obligado a probar los demás elementos de la supuesta relación de trabajo que alega, entre estos, la subordinación continuada.
5. El límite temporal establecido por la alta corporación no supone una prohibición para celebrar contratos de prestación de servicios de manera sucesiva, antes del término de



treinta (30) días hábiles, toda vez que este término se establece con el fin de tener un marco de referencia para el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados, en aquellos eventos donde se determine por parte del operador judicial la verdadera existencia de una relación laboral.

6. La suscripción de contratos sucesivos de prestación de servicios, con similitud o identidad de objeto, personas y actividades, no constituye per se un hecho indicador ni prueba de una relación laboral subyacente. Para que se configure un contrato realidad se debe probar por parte del demandante la existencia de los tres elementos constitutivos de una relación laboral⁵, a saber: (i) la actividad personal del trabajador; (ii) la continuada subordinación; y (iii) la retribución o remuneración del servicio.
7. En los casos en los cuales el operador judicial establezca la no solución de continuidad entre diversos contratos de prestación de servicios, significa que no se presenta una ruptura de la unidad contractual. Los efectos de dicha declaración hacen que no se configure la prescripción de los derechos que se puedan emanar de cada uno de los vínculos contractuales.
8. En todo caso, se conmina a todas entidades públicas a garantizar el respeto de los principios de planeación y legalidad que rigen los contratos estatales, y al reconocimiento de la excepcionalidad y temporalidad como características propias de los contratos de prestación de servicios

c. Devolución de mayores aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud

1. La Sentencia bajo examen también examinó los efectos de la declaratoria del contrato realidad sobre los aportes realizados por el contratista a quien se le reconoce contar con una relación laboral.

⁵ El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala:

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.



2. La Sala reiteró que los aportes del Sistema de Seguridad Social Integral son de naturaleza parafiscal⁶, lo cual implica que los mismos cumplen una destinación específica. En el caso de los aportes efectuados por los trabajadores y contratistas, su finalidad es garantizar la prestación de los servicios de salud, y no constituyen en ningún evento un crédito a favor del interesado.
3. Respecto de la devolución de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, la sentencia señaló que “unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal”.
4. Es importante tener en cuenta que, en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016⁷, esta regla se había especificado en cuanto a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones dejando un vacío sobre la devolución de los aportes cancelados de más por el contratista al Sistema de Seguridad Social en Salud y Riesgos Laborales.
5. En este orden de ideas, y unificados los criterios en torno a los aportes efectuados por el contratista al Sistema de Seguridad Social Integral, en el evento en el cual se declare la existencia de una relación laboral a favor del contratista, las entidades no están obligadas a la devolución de los aportes realizados por el mismo por concepto de aportes al sistema, Lo anterior, por cuanto es obligación del contratista cancelar durante el término de ejecución del contrato los valores que determine la ley para el cubrimiento de dichos riesgos.

IV. Efectos de la sentencia de unificación

1. La sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado es de carácter vinculante para la resolución de conflictos cuya competencia este atribuida a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. Las reglas jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación se aplicarán a todas las controversias pendientes de solución tanto en sede administrativa como en sede judicial.
3. Las reglas establecidas en la sentencia no aplican en aquellos eventos en los cuales haya operado el fenómeno de cosa juzgada.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 28 de septiembre de 2016. Radicación 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 25 de agosto de 2016. Radicación 23001233300020130026001. C.P. Carmelo Perdomo Cueter.



4. Los demandantes no podrán solicitar la inaplicación de la sentencia de unificación, invocando el principio de igualdad respecto de situaciones jurídicas definidas con anterioridad a la fecha de expedición del fallo⁸.

V. Recomendaciones adicionales en materia de prevención del daño antijurídico

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 debe 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 la entidad **debe abstenerse** de:
 - Exigir al contratista el cumplimiento de órdenes. En sentido contrario, la entidad sí puede efectuar una coordinación de actividades⁹. Así lo indicó la sentencia de

⁸ Así lo señaló el Consejo de Estado, Sección Segunda Sala Plena, en sentencia del 09 de septiembre de 2021. Radicación 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016)

⁹ En la Comunicación Interinstitucional de Carácter Confidencial No. 01 de 2017 se señaló que la coordinación con el contratista se traduce en cuatro acciones: (i) verificar el cumplimiento de obligaciones legales o contractuales; (ii) solicitar informes periódicos; (iii) determinar tiempos de entrega cuando haya lugar a ello, es decir, cuando éstos no estén



Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado



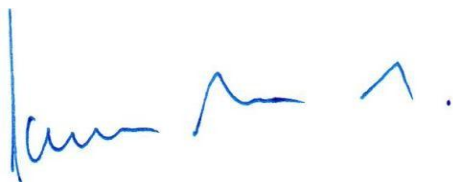
La justicia
es de todos

Minjusticia

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 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 servicios.
- 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 último, es importante tener en cuenta que los lineamientos establecidos en la presente comunicación complementan los lineamientos establecidos en la Comunicación Interinstitucional de Carácter Confidencial No. 01 del 24 de julio de 2017.



CAMILO GÓMEZ ALZATE
Director General

Revisó: Luis Jaime Salgar Vegalara / Cesar Méndez

Elaboró: Jhon Jairo Camargo Motta/José Alejandro Sánchez Ladino/Estefania Arévalo Perdomo

delimitados en el contrato; y (iv) constatar la calidad del producto que es entregado. En este último caso se pueden hacer observaciones, pedir aclaraciones, o incluso pedir al contratista que lo rehaga, cuando aquél no se ajuste a los estándares de calidad pactados.