**CCE-DES-FM-17**

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS** **– Concepto − Características generales**

El contrato de prestación de servicios es un contrato estatal típico regulado en numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Es definido como aquel 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 […] es posible señalar las siguientes características del contrato de prestación de servicios: i) Solo puede celebrarse para realizar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», es decir, que hagan parte de su giro ordinario o quehacer cotidiano. ii) Respecto del tipo de personas que pueden ser contratadas, admite que se suscriba con personas naturales o jurídicas. […] iii) Si bien se celebran para obtener la prestación personal de un servicio, se diferencian del contrato de trabajo en que quien celebra el contrato de prestación de servicios debe mantener autonomía e independencia en la ejecución de la labor, lo que significa que no debe existir subordinación ni dependencia, que es uno de los elementos constitutivos del vínculo laboral […] iv) Deben ser temporales. […] v) Se celebran a través de la modalidad de contratación directa, independientemente de la cuantía y del tipo de servicio profesional, siempre que su objeto no sea la consultoría. […]. vi) Para su celebración no se requiere expedir un acto administrativo de justificación de la contratación directa. vii) El contrato admite la inclusión de cláusulas excepcionales. viii) No es obligatorio liquidar estos contratos […]. ix) Para su celebración el contratista no requiere estar inscrito en el Registro Único de Proponentes –RUP– […]. x) No es obligatoria la exigencia de garantías; xi) Como los demás contratos estatales, se trata de un contrato solemne que debe constar por escrito y debe ser publicado en el SECOP; xii) Como especies del género prestación de servicios, se incluyen los contratos de prestación de servicios profesionales, los contratos de prestación de servicios apoyo a la gestión y los contratos de prestación de servicios artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Relación Laboral – Competencia de Colombia Compra Eficiente**

Cuando los contratos de prestación de servicios encubren relaciones de subordinación, el problema jurídico consiste en determinar la existencia de una posible relación laboral. En este sentido, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente no es el órgano autorizado para conceptuar sobre las implicaciones de los contratos realidad, tampoco para establecer el alcance de las sentencias de unificación del Consejo de Estado sobre conflictos en temas laborales. En otras palabras, esta entidad no puede establecer directrices al respecto, especialmente porque los lineamientos para evitar la configuración de daños antijurídicos en dicha materia corresponden a una entidad distinta.

Por un lado, Colombia Compra Eficiente solo resuelve consultas sobre normas generales del sistema de compras y contratación pública. No obstante, si bien la jurisprudencia es una pauta de autoridad para entender el contenido de las leyes y los reglamentos, la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021 fue expedida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, la cual se encarga principalmente de resolver controversias judiciales en materia laboral, que se reitera, son ajenas a las competencias de la Agencia nacional de Contratación Pública. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que la Directiva de la Procuraduría General de la República 001 del 4 de enero de 2021 dispuso «Exhortar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a continuar adelantando, en la órbita de la función preventiva judicial, actividades para evitar el contrato realidad con las entidades de la rama ejecutiva del nivel nacional y hacer pedagogía y brindar apoyo a las entidades territoriales».

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES – Ley de Garantías Electorales – Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021**

Es necesario anotar que la sentencia de unificación no modifica el alcance de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005. Por ello, las prohibiciones contempladas en dicha ley tampoco condicionan las reglas de unificación de la sentencia, pues son dos temas independientes. En consecuencia, con la asesoría de sus equipos jurídicos, corresponde a las entidades determinar de manera autónoma la viabilidad de suscribir contratos después de la vigencia de la Ley de Garantías.

 

Bogotá D.C., 01 agosto 2022

Señora

**Karen Cristina Oñate Gutiérrez**

La Paz Robles, Cesar

 **Concepto C – 491 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ― Concepto ― Características generales / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Relación Laboral – Competencia de Colombia Compra Eficiente / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES – Ley de Garantías Electorales – Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del Consejo de Estado de 9 de septiembre de 2021 |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220615005992 |

Estimada señora Oñate:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, responde su consulta del 14 de junio del 2022.

1. **Problema planteado**

Respecto de la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, usted realiza la siguiente consulta: «por medio de la presente me permito muy amablemente solicitarle concepto acerca de la contratación de personal después de la ley de la garantía conforme a la sentencia unificada del consejo de estado SUJ-025-CE-S2-2021, de 9 de septiembre de 2021, debido a que existe una confusión conforme a los días establecidos en la sentencia».

1. **Consideraciones**

Para desarrollar el problema planteado, se abordarán los siguientes temas: i) las características generales del contrato estatal de prestación de servicios, requisitos y límites para su celebración; y ii) las reglas de unificación de la Sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 9 de septiembre de 2021.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el concepto y límites del contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión en los conceptos C-090 del 24 de febrero de 2020, C-105 del 12 de marzo 03 de 2020, C-156 del 3 de abril de 2020, C-188 del 13 de abril de 2020, C-208 del 24 de abril de 2020; C-138, C-005, C-006 y C-018 del 11 de mayo de 2020; C-175, C-320, C-053, C-255, C-282 y C-293 del 12 de mayo de 2020, C-288 del 27 de mayo de 2020, C-345 del 13 de mayo de 2020, C-414 del 30 de junio de 2020, C-484 del 6 de agosto de 2020, C-608 del 1 de octubre de 2020, C-739 del 16 de diciembre de 2020, C-106 de 07 de abril de 2021, C-145 de 8 de abril de 2021, C-491 del 14 de septiembre de 2021 y C- 517 del 30 de septiembre de 2021, C-707 de 17 de enero de 2022, C-019 de 21 de febrero de 2022 y C-376 de 14 de junio de 2022, entre otros. Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1. Contrato de prestación de servicios profesionales. Requisitos y límites para su celebración**

El contrato de prestación de servicios es un contrato estatal típico, regulado en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Es definido como aquel 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». La celebración de dicho contrato debe efectuarse a través de la modalidad de contratación directa. Así lo dispone el artículo 2, numeral 4º, literal h), de la Ley 1150 de 2007:

La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

[…]

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

[…]

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.

 En tal sentido, el Decreto 1082 de 2015 en el Artículo 2.2.1.2.1.4.9. reglamenta la contratación directa para los contratos de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales, en los siguientes términos:

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.

 A partir de las disposiciones citadas, así como de la reciente Sentencia de Unificación de Jurisprudencial del 9 de septiembre de 2021, proferida por el Consejo de Estado[[1]](#footnote-1), es posible señalar las siguientes características del contrato de prestación de servicios:

i) Solo puede celebrarse para realizar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», es decir, que hagan parte de su giro ordinario o quehacer cotidiano[[2]](#footnote-2).

ii) Respecto del tipo de personas que pueden ser contratadas, admite que se suscriba con personas naturales o jurídicas. Sin embargo, cuando se celebre con aquellas, la entidad estatal debe justificar, en los estudios previos, que las actividades «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados». Esto sucede en varios eventos, por ejemplo, cuando no exista personal de planta para ejecutar las labores; o existiendo, está sobrecargado de trabajo, necesitando apoyo externo; o habiendo personal de planta, carece de la experticia o conocimiento especializado, razón por la cual es necesario contratar los servicios de una persona natural que tenga el conocimiento y la experiencia en el tema.

iii) Si bien se celebran para obtener la prestación personal de un servicio, se diferencian del contrato de trabajo en que quien celebra el contrato de prestación de servicios debe mantener autonomía e independencia en la ejecución de la labor, lo que significa que no debe existir *subordinación* ni *dependencia*, que es uno de los elementos constitutivos del vínculo laboral[[3]](#footnote-3). Por eso, el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 80 de 1993 establece que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales». Este inciso, más que un enunciado que aluda al «ser», se refiere al «deber ser», pues debe interpretarse en el sentido de que los contratos de prestación de servicios profesionales *no pueden* generar relación laboral, ni dar lugar a que las entidades estatales paguen por su cuenta los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral del contratista. Tal como se indicó, no puede existir subordinación y dependencia; entonces, la relación laboral está proscrita y el contratista es quien, como «trabajador independiente» –como lo califican las normas de la seguridad social– debe cotizar por su cuenta y riesgo al Sistema de Seguridad Social Integral[[4]](#footnote-4).

A pesar de este mandato deontológico, es posible que en la práctica se configure una relación laboral, pues el contrato de trabajo es *de realidad*, y para perfeccionarlo rige el principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades. En el sentido anterior, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del segundo inciso del numeral 3º del artículo 32, indicando que «las expresiones acusadas del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no vulneran los preceptos constitucionales, razón por la cual deberán ser declaradas exequibles, salvo que se acredite por parte del contratista la existencia de una relación laboral subordinada»[[5]](#footnote-5). Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 9 de septiembre de 2021 se pronunció respecto de los criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios y definó tres reglas para el efecto[[6]](#footnote-6), aspectos que fueron aclarados posteriormente por Auto del 11 de noviembre de 2021[[7]](#footnote-7).

iv) Deben ser temporales. La sentencia de unificacion jurisprudencial del Consejo de Estado mencionada, frente a la duración del contrato de prestación de servicios señaló que solo puede celebrarse por un «término estrictamente indispensable». En ese entendido, unificó el sentido y alcance del término estrictamente indispensable como «aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento». De igual manera, señaló que «no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes». En sentido similar se manifestó la Corte Constitucional en la Sentencia C-154 de 1997, expresando que:

La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente[[8]](#footnote-8).

v) Se celebran a través de la modalidad de contratación directa, independientemente de la cuantía y del tipo de servicio profesional, siempre que su objeto no sea la consultoría. Esto por cuanto, como lo indicó el Consejo de Estado en otra sentencia de unificación jurisprudencial del año 2013, si bien en ambos existe un componente intelectual y profesional, el objeto del contrato de consultoría es especial y debe celebrarse, por regla general, mediante un concurso de méritos[[9]](#footnote-9). Esto también se deriva del artículo 2, numeral 4º, literal h) de la Ley 1150 de 2007, al señalar que procede la contratación directa para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas. Debe aclararse que no debe suscribirse un contrato de prestación de servicios profesionales para ejecutar actividades que se enmarcan en los otros contratos tipificados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como, por ejemplo, la construcción de una obra.

vi) Para su celebración no se requiere expedir un acto administrativo de justificación de la contratación directa[[10]](#footnote-10).

vii) El contrato admite la inclusión de cláusulas excepcionales. En los contratos de prestación de servicios se puede pactar la caducidad, la modificación, interpretación o terminación unilateral, como acuerdos o elementos accidentales, así que para ejercer estas exorbitancias deben incluirse expresamente, porque no se entienden pactadas como cláusula de la naturaleza. Así se infiere del artículo 14, numeral 2º, de la Ley 80 de 1993[[11]](#footnote-11).

viii) No es obligatoria la liquidación de estos contratos, como lo establece el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 60 de la Ley 80 de 1993[[12]](#footnote-12).

ix) Para su celebración el contratista no requiere estar inscrito en el Registro Único de Proponentes –RUP–, como lo señala el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007[[13]](#footnote-13).

x) No es obligatoria la exigencia de garantías[[14]](#footnote-14).

xi) Como los demás contratos estatales, se trata de un contrato solemne que debe constar por escrito y debe ser publicado en el SECOP.

xii) Como especies del género *prestación de servicios,* se incluyen los *contratos de prestación de servicios profesionales, los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión* y los *contratos de prestación de servicios artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales*[[15]](#footnote-15). La diferencia entre el contrato de prestación de servicios *profesionales* con las otras dos especies del género en el cual se ubican, radica en su contenido intelectual intangible y, al mismo tiempo, en la formación profesional que se exige para desempeñar la labor. Así lo consideró el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación jurisprudencial del 2 de diciembre de 2013, al explicar que:

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 intelectivo cualificado: el saber profesional[[16]](#footnote-16).

Lo expuesto, según la jurisprudencia citada, se diferencia del objeto del *contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión*, en los siguientes aspectos:

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 intelectiva, 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[[17]](#footnote-17).

En relación con el *contrato de prestación de servicios artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales*, señala la mencionada decisión judicial lo siguiente:

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[[18]](#footnote-18).

En este sentido, el contrato de prestación de servicios *profesionales* se caracteriza porque su objeto guarda relación con el desarrollo de actividades que demandan competencias y habilidades profesionales o especializadas de la persona natural o jurídica a contratar, de manera que se trata de un *saber intelectivo cualificado.* En cambio, los contratos de prestación de servicios de *apoyo a la gestión* y de *servicios artísticos* no involucran ese conocimiento profesional o especializados para su ejecución. En los contratos de apoyo a la gestión el contratista desempeña un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento, o soporte, donde «lo predominante es el actuar como ejecutor, con el propósito y finalidad de satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento de la misma, por personas no profesionales y que no implican el ejercicio de funciones públicas administrativas». Igualmente, en el contrato de prestación de servicios artísticos lo prevalente es que la persona que lo ejecute se trate de un artista, es decir, «una persona reconocida como realizador o productor de arte, de obras de arte, ejecutor de trabajos artísticos», para lo cual es indiferente el carácter de profesional.

**2.2. Aplicación de la Sentencia de Unificación Jurisprudencial del Consejo de Estado en los contratos de prestación de servicios y la competencia de Colombia Compra Eficiente**

De conformidad con la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general»[[19]](#footnote-19). Esto significa que la entidad no puede pronunciarse sobre casos particulares o sobre preguntas que no contengan dudas sobre la interpretación de una norma general del sistema de compras y contratación pública.

La solicitud motivo de consulta, tiene como propósito que Colombia Compra Eficiente le brinde asesoría, emitiendo un concepto jurídico acerca de la contratación de personal después de la Ley de la Garantías conforme a la sentencia unificada del Consejo de Estado del 9 de septiembre de 2021, debido a que existe una confusión sobre los días establecidos en la sentencia.

Sin embargo, cuando los contratos de prestación de servicios encubren relaciones de subordinación, el problema jurídico consiste en determinar la existencia de una posible relación laboral. En este sentido, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente no es el órgano autorizado para conceptuar sobre las implicaciones de los contratos realidad, tampoco para establecer el alcance de las sentencias de unificación del Consejo de Estado sobre conflictos en temas laborales. En otras palabras, esta entidad no puede establecer directrices al respecto, especialmente porque los lineamientos para evitar la configuración de daños antijurídicos en dicha materia corresponden a una entidad distinta.

*Por un lado*, Colombia Compra Eficiente solo resuelve consultas sobre normas generales del sistema de compras y contratación pública. No obstante, si bien la jurisprudencia es una pauta de autoridad para entender el contenido de las leyes y los reglamentos, la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021 fue expedida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, la cual se encarga principalmente de resolver controversias judiciales en materia laboral, que se reitera, son ajenas a las competencias de la Agencia nacional de Contratación Pública. *Por otra parte*, es necesario tener en cuenta que la Directiva de la Procuraduría General de la República 001 del 4 de enero de 2021 dispuso «Exhortar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a continuar adelantando, en la órbita de la función preventiva judicial, actividades para evitar el contrato realidad con las entidades de la rama ejecutiva del nivel nacional y hacer pedagogía y brindar apoyo a las entidades territoriales».

Teniendo en cuenta lo anterior, con fundamento en los criterios establecidos en la sentencia de unificación de jurisprudencia, la ANDJE estableció lineamientos en torno a la forma de prevenir la configuración de contratos realidad. De esta manera, conforme a la Comunicación Interinstitucional del 20 de octubre de 2021 que se adjunta a este oficio, dicha Agencia precisó lo siguiente:

**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 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 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.

La Presidencia de la República también expidió la Directiva 07 del 28 de octubre de 2021 con el fin de determinar el alcance de la sentencia de unificación jurisprudencial, la cual sirve de guía para las decisiones que deberán tomar las diferentes entidades públicas. Además, en armonía con lo expuesto anteriormente, el numeral 5 de dicha Directiva reitera la competencia de la ANDJE al disponer que «Se deben atender los lineamientos que, sobre este asunto, imparta la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, dentro de su función de prevención del daño antijurídico»[[20]](#footnote-20). Esto resalta que Colombia Compra Eficiente carece de competencia para pronunciarse de fondo sobre este tema, pues los lineamientos para evitar daños antijurídicos en la configuración de contratos realidad corresponden a la Agencia anteriormente mencionada[[21]](#footnote-21).

De otro lado, conforme al artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, se precisa que las sentencias de unificación son de obligatorio cumplimiento[[22]](#footnote-22). Por ello, previo análisis de los lineamientos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la Directiva presidencial relacionados en el presente oficio, las autoridades tienen autonomía administrativa para el ejercicio de las funciones y competencias que les fueron atribuidas por el ordenamiento jurídico. Por esa razón, como responsables de su actividad contractual, les corresponde adoptar las decisiones y adelantar las actuaciones que estimen pertinentes para desarrollarla.

Es necesario anotar que la sentencia de unificación no modifica el alcance de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005. Por ello, las prohibiciones contempladas en dicha ley tampoco condicionan las reglas de unificación de la sentencia, pues son dos temas independientes. En consecuencia, con la asesoría de sus equipos jurídicos, corresponde a las entidades determinar de manera autónoma la viabilidad de suscribir contratos después de la vigencia de la Ley de Garantías.

**3. Respuesta**

«por medio de la presente me permito muy amablemente solicitarle concepto acerca de la contratación de personal después de la ley de la garantía conforme a la sentencia unificada del consejo de estado SUJ-025-CE-S2-2021, de 9 de septiembre de 2021, debido a que existe una confusión conforme a los días establecidos en la sentencia».

Conforme a la explicación precedente, si bien los contratos tipificados en el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993 se celebran para obtener la prestación personal de un servicio, se diferencian del contrato de trabajo en que quien celebra el contrato de prestación de servicios debe mantener autonomía e independencia en la ejecución de la labor, lo que significa que no debe existir *subordinación* ni *dependencia*, que es uno de los elementos constitutivos del vínculo laboral. Por eso, el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 80 de 1993 establece que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales». Este inciso, más que un enunciado que aluda al «ser», se refiere al «deber ser», pues debe interpretarse en el sentido de que los contratos de prestación de servicios profesionales *no pueden* generar relación laboral, ni dar lugar a que las entidades estatales paguen por su cuenta los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral del contratista. Tal como se indicó, no puede existir subordinación y dependencia; entonces, la relación laboral está proscrita y el contratista es quien, como «trabajador independiente» –como lo califican las normas de la seguridad social– debe cotizar por su cuenta y riesgo al Sistema de Seguridad Social Integral.

A pesar de este mandato deontológico, es posible que en la práctica se configure una relación laboral, pues el contrato de trabajo es *de realidad*, y para perfeccionarlo rige el principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades. En el sentido anterior, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del segundo inciso del numeral 3º del artículo 32, indicando que «las expresiones acusadas del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no vulneran los preceptos constitucionales, razón por la cual deberán ser declaradas exequibles, salvo que se acredite por parte del contratista la existencia de una relación laboral subordinada». Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 9 de septiembre de 2021 se pronunció respecto de los criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios y definó tres reglas para el efecto, aspectos que fueron aclarados posteriormente por Auto del 11 de noviembre de 2021.

Ahora bien, la solicitud motivo de consulta, tiene como propósito que Colombia Compra Eficiente le brinde asesoría, emitiendo un concepto jurídico acerca de la contratación de personal después de la Ley de la Garantías conforme a la sentencia unificada del Consejo de Estado del 9 de septiembre de 2021, debido a que existe una confusión sobre los días establecidos en la sentencia.

Sin embargo, cuando los contratos de prestación de servicios encubren relaciones de subordinación, el problema jurídico consiste en determinar la existencia de una posible relación laboral. En este sentido, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente no es el órgano autorizado para conceptuar sobre las implicaciones de los contratos realidad, tampoco para establecer el alcance de las sentencias de unificación del Consejo de Estado sobre conflictos en temas laborales. En otras palabras, esta entidad no puede establecer directrices al respecto, especialmente porque los lineamientos para evitar la configuración de daños antijurídicos en dicha materia corresponden a una entidad distinta.

*Por un lado*, Colombia Compra Eficiente solo resuelve consultas sobre normas generales del sistema de compras y contratación pública. No obstante, si bien la jurisprudencia es una pauta de autoridad para entender el contenido de las leyes y los reglamentos, la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021 fue expedida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, la cual se encarga principalmente de resolver controversias judiciales en materia laboral, que se reitera, son ajenas a las competencias de la Agencia nacional de Contratación Pública. *Por otra parte*, es necesario tener en cuenta que la Directiva de la Procuraduría General de la República 001 del 4 de enero de 2021 dispuso «Exhortar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a continuar adelantando, en la órbita de la función preventiva judicial, actividades para evitar el contrato realidad con las entidades de la rama ejecutiva del nivel nacional y hacer pedagogía y brindar apoyo a las entidades territoriales».

Teniendo en cuenta lo anterior, con fundamento en los criterios establecidos en la sentencia de unificación jurisprudencia, la ANDJE estableció lineamientos en torno a la forma de prevenir la configuración de contratos realidad, a los que se hizo referencia en las consideraciones.

La Presidencia de la República también expidió la Directiva 07 del 28 de octubre de 2021 con el fin de determinar el alcance de la sentencia de unificación jurisprudencial, la cual sirve de guía para las decisiones que deberán tomar las diferentes entidades públicas. Además, en armonía con lo expuesto anteriormente, el numeral 5 de dicha Directiva reitera la competencia de la ANDJE al disponer que «Se deben atender los lineamientos que, sobre este asunto, imparta la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, dentro de su función de prevención del daño antijurídico». Esto resalta que Colombia Compra Eficiente carece de competencia para pronunciarse de fondo sobre este tema, pues los lineamientos para evitar daños antijurídicos en la configuración de contratos realidad corresponden a la Agencia anteriormente mencionada.

De otro lado, conforme al artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, se precisa que las sentencias de unificación son de obligatorio cumplimiento. Por ello, previo análisis de los lineamientos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la Directiva presidencial relacionados en el presente oficio, las autoridades tienen autonomía administrativa para el ejercicio de las funciones y competencias que les fueron atribuidas por el ordenamiento jurídico. Por esa razón, como responsables de su actividad contractual, les corresponde adoptar las decisiones y adelantar las actuaciones que estimen pertinentes para desarrollarla.

Es necesario anotar que la sentencia de unificación no modifica el alcance de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005. Por ello, las prohibiciones contempladas en dicha ley tampoco condicionan las reglas de unificación de la sentencia, pues son dos temas independientes. En consecuencia, con la asesoría de sus equipos jurídicos, corresponde a las entidades determinar de manera autónoma la viabilidad de suscribir contratos después de la vigencia de la Ley de Garantías.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

 

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Felipe Bastidas ParedesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |
| Anexo: | Lineamientos Prevención Contrato Realidad ANDJE |

1. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16). M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. [↑](#footnote-ref-1)
2. Así lo señaló el Consejo de Estado en la sentencia de unificación en mención, al indicar que «cualquier contrato de prestación de servicios tiene por objeto genérico “desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”». [↑](#footnote-ref-2)
3. El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo establece: «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». [↑](#footnote-ref-3)
4. En efecto, el artículo 244 de la Ley 1955 de 2015 dispone, en lo pertinente: «Los trabajadores independientes con ingresos netos iguales o superiores a 1 salario mínimo legal mensual vigente que celebren contratos de prestación de servicios personales, cotizarán mes vencido al Sistema de Seguridad Social Integral, sobre una base mínima del 40% del valor mensualizado del contrato, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

Los independientes por cuenta propia y los trabajadores independientes con contratos diferentes a prestación de servicios personales con ingresos netos iguales o superiores a un (1) salario mínimo legal mensual vigente efectuarán su cotización mes vencido, sobre una base mínima de cotización del 40% del valor mensualizado de los ingresos, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA). En estos casos será procedente la imputación de costos y deducciones siempre que se cumplan los criterios determinados en el artículo 107 del Estatuto Tributario y sin exceder los valores incluidos en la declaración de renta de la respectiva vigencia.

El Gobierno nacional reglamentará el mecanismo para realizar la mensualización de que trata el presente artículo.

[…]». [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. MP: Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial SUJ-025-CE-S2-2021. Radicado (1317-2016). El numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia señala lo siguiente: «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». [↑](#footnote-ref-6)
7. Particularmente, sobre la regla de unificación número 2, el Consejo de Estado explica 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**» (Énfasis dentro del texto). [↑](#footnote-ref-7)
8. Ibíd. [↑](#footnote-ref-8)
9. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de Unificación del 2 de diciembre de 2013. Exp. 41.719. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Además, el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de consultoría así: «Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los 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 y supervisión.

»Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

»Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato». [↑](#footnote-ref-9)
10. Así lo dispone el artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015: «La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual debe contener:

»1. La causal que invoca para contratar directamente.

»2. El objeto del contrato.

»3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.

»4. El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.

»Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales (a) y (b) del artículo 2.2.1.2.1.4.3 del presente decreto». [↑](#footnote-ref-10)
11. La norma expresa: «Art. 14. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

[…]

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

[…]». [↑](#footnote-ref-11)
12. La norma dispone: «La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión». [↑](#footnote-ref-12)
13. Según dicho artículo: «Art. 6. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

[…]». [↑](#footnote-ref-13)
14. Así lo establece el Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.5. No obligatoriedad de garantías. En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1. del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigirlas o no debe estar en los estudios y documentos previos». [↑](#footnote-ref-14)
15. El Decreto 1082 de 2015 lo establece de la siguiente manera: «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». [↑](#footnote-ref-15)
16. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de Unificación del 2 de diciembre de 2013. Exp. 41.719. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-16)
17. *Ibíd*. [↑](#footnote-ref-17)
18. *Ibíd*. [↑](#footnote-ref-18)
19. «Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

»[...]

 »5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública».

«Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:

»[...]

»8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-19)
20. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DIRECTIVA%20PRESIDENCIAL%2007%20DEL%2028%20DE%20OCTUBRE%20DE%202021.pdf>. [↑](#footnote-ref-20)
21. Conforme al artículo 2 del Decreto Ley 4085 de 2011, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado tiene como objetivo «[…] el diseño de estrategias, planes y acciones dirigidos a dar cumplimiento a las políticas de defensa jurídica de la Nación y del Estado definidas por el Gobierno Nacional; la formulación, evaluación y difusión de las políticas en materia de prevención de las conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas, del daño antijurídico y la extensión de sus efectos, y la dirección, coordinación y ejecución de las acciones que aseguren la adecuada implementación de las mismas, para la defensa de los intereses litigiosos de la Nación». [↑](#footnote-ref-21)
22. La norma dispone que «Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas». [↑](#footnote-ref-22)