

Bogotá, D.C., 24 de mayo de 2022



Jefe dependencias MEN

Asunto: Lineamientos y recomendaciones para prevenir acciones judiciales por contrato realidad y solidaridad laboral.

Cordial saludo, estimados Jefes de dependencias MEN

El presente memorando se expide en el marco de implementación de la Política de Prevención del Daño Antijurídico (PPDA) para la vigencia 2022-2023 y en atención a las directrices recibidas por este Ministerio por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), relacionadas con la prevención de litigios por causas relacionadas con la posible configuración del contrato realidad y solidaridad laboral en los contratos suscritos por esta Cartera.

De conformidad con lo previsto por la Resolución No. 023408 del 18 diciembre 2020, en concordancia con el Decreto 5012 de 2009, corresponde a la Oficina Asesora Jurídica: *"asegurar que las actuaciones jurídicas que corresponden al Ministerio, así como su difusión y pertinencia se desarrollen de la manera más adecuada"*. En atención a este llamado, nos permitimos emitir los siguientes lineamientos para tener en cuenta al momento de elaborar contratos o convenios para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento, o que generen para la ejecución de su objeto contractual subcontratación laboral y/o civil con terceros.

Actualmente, la litigiosidad contra el Ministerio de Educación presenta su mayor porcentaje de demandas por contrato realidad y solidaridad laboral, por lo tanto, se hace necesario dar a conocer los lineamientos que deberán tenerse en cuenta para prevenir futuras demandas por este concepto y mejorar la tasa de éxito de los procesos que se interpongan, a través del ejercicio de las siguientes acciones preventivas:

a. Acciones preventivas respecto del Contrato Realidad:

En términos generales, por contrato realidad se entiende, en el ámbito público, aquel que “aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus empleados de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales” (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 27 de enero de 2011, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila). En esa medida, corresponde a la figura jurídica mediante la cual se le plantea a un operador judicial la existencia de una relación laboral entre las partes que ejecutaron uno o varios contratos de prestación de servicios, para que éste determine si existió tal relación laboral con sus correspondientes consecuencias patrimoniales.

La reciente sentencia del Consejo de Estado SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, aclarada mediante auto del 11 de noviembre de 2021, estableció una serie de parámetros a tener en cuenta para no convertir una relación contractual en una relación laboral. Estos parámetros son aplicados por el MEN por conducto de la Directiva Presidencial No. 07 de 28 de octubre de 2021, en la cual, con fundamento en la decisión del Consejo de Estado anteriormente relacionada, se establecieron una serie de lineamientos para la contratación de prestación de servicios. En resumen, los argumentos a tener en cuenta son los siguientes:

- a. Los contratos de prestación de servicios de conformidad con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son: “(...) *los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. (..)*”
- b. Desde los estudios previos debe revisarse la necesidad a satisfacer, como también que el objeto de dicho contrato no corresponda a una relación laboral oculta.
- c. Los elementos constitutivos de la relación laboral son: la subordinación, la prestación personal del servicio y la remuneración

- d. El elemento determinante que distingue la relación laboral de la contractual es la Subordinación, y se materializa en las siguientes actividades:
- i) Exigencia al contratista del cumplimiento de órdenes,
 - ii) Imposición de jornada y horario, modo o cantidad de trabajo,
 - iii) Obligarlo a obedecer protocolos de la entidad y someterlo a su poder disciplinario.

Adicionalmente, encontramos algunos indicios de subordinación como:

- Exigir horario de labores e imponer de una jornada de trabajo al contratista; sin embargo, esto no implica, necesariamente, la existencia de una subordinación laboral debido a que tal circunstancia debe ser valorada en función del objeto contractual.
- Dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar a través de órdenes en cualquier momento, respecto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, influencia decisiva sobre las condiciones en que debe llevar el cumplimiento de su objeto contractual.
- Las actividades o tareas para desarrollar corresponden a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan todos los elementos configurativos de la relación laboral. Cuando los contratistas realicen tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas a los funcionarios es un indicativo de la existencia de una relación laboral, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los demás elementos esenciales de la relación laboral (art. 23 del C.S.T.).

En este sentido, es necesario tener en cuenta:

- a. Los contratos de prestación de servicios deben seguir los lineamientos dados en la sentencia SUJ-025-CE-S2-2021, de 9 de septiembre de 2021 aclarada en fecha 11 de noviembre de 2021, evitando generar el elemento determinante de la relación laboral y que lo distingue de la relación civil, conocido como "la subordinación".
- b. Los indicios de subordinación se enmarcan en exigencia a los contratistas de cumplimiento de órdenes determinantes para su

ejecución contractual, imposición de jornada y horario laboral, imposición de modo de trabajo, imposición de cantidad de trabajo fuera del establecido en el contrato, obligarlo a obedecer protocolos de la entidad y someterlo a su poder disciplinario, excepto para aquellos casos en que legalmente se habilite la posibilidad de que por convenio o contrato se realicen funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado (Véase el artículo 25 y el artículo 53 del Código Disciplinario Único "Ley 734 de 2002", derogada a partir del 29 de marzo de 2022 por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019).

c. La diferencia entre subordinación como elemento laboral, de la coordinación como elemento que se puede ejercer en una relación contractual civil, de conformidad con la jurisprudencia, son los siguientes:

- La coordinación de actividades es aquella en la que el contratista se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, incluye reporte de informes sobre sus resultados, sin que esto signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.
- El principio de coordinación ínsito en los contratos de prestación de servicios consiste en la sincronización de las actividades que ejerce el contratista, con las directrices que imparte el contratante para la ejecución eficiente y eficaz del contrato.
- Es indispensable que exista una concertación contractual, en la que el contratista cumple su contrato con independencia, sin embargo, en armonía con las condiciones necesarias impuestas por la entidad contratante, respecto de las cuales esta debe ejercer un control, seguimiento y vigilancia al contrato.
- Una gran diferencia es que al existir subordinación el empleador cuenta en todo momento con la disponibilidad del trabajo de su empleado, quien a su vez tiene la obligación correlativa de obedecerle. El empleador impone las condiciones de tiempo, modo y lugar, inclusive con sus propios

elementos, para que el trabajador desarrolle sus labores, con cumplimiento de las instrucciones y órdenes del superior inmediato, y del jefe de la entidad sin independencia. (ver Concepto 112301 de 2020 DAFP).

b. Solidaridad Laboral:

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 34 indica respecto a los contratistas independientes:

*"1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} 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.*
(...)"

De lo descrito por el artículo en cita, se desprende la figura de la "solidaridad laboral y responsabilidad solidaria" por las deudas y obligaciones de carácter laboral, en estos casos el trabajador del contratista demanda en solidaridad al Ministerio de Educación para el pago de sus salarios y prestaciones como responsable solidario.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en Sentencia T-889/14 ha definido para la configuración de esta figura, la existencia de las siguientes condiciones:

"(...) Se predica responsabilidad solidaria en materia laboral, al tenor del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando se cumplen los siguientes presupuestos: (i) la empresa contratante contrata a la empresa contratista para que realice una labor o ejecute una obra que en principio correspondería efectuarla a ella, por ser una de las actividades relacionadas en su objeto social; (ii)

la empresa contratista contrata, a través de contrato laboral, al trabajador o a los trabajadores que se requieren para la ejecución de la labor o la obra; (iii) la labor ejecutada por el trabajador en beneficio de la empresa contratante guarda relación directa con una o varias de las actividades que aquella realiza, de acuerdo con el giro propio de sus negocios; (iv) la empresa contratista incumple, total o parcialmente, sus deberes como empleadora, de uno o varios trabajadores que ejecutan la labor en beneficio de la empresa contratista; y, (v) la labor la ejecutó el trabajador bajo órdenes y supervisión de la empresa contratante; o siguiendo lineamientos por ella establecidos; o en las instalaciones físicas de la misma y haciendo uso de sus recursos físicos y de personal; o todas las anteriores.” (subrayado fuera de texto)

Lo anterior debido a que la intermediación en la contratación de trabajadores es utilizada para disfrazar relaciones de trabajo directas y eludir las obligaciones laborales, por lo tanto, esta figura pretende proteger ese encubrimiento, sin embargo, un requisito indispensable para su configuración de conformidad con las sentencias de la CSJ SL3718-2020, y CSJ SL7789-2016, **es que las actividades contratadas sean afines con las labores propias y ordinarias de la parte contratante**, y, por lo tanto, hagan parte de su giro ordinario y objeto social, no cualquier actividad desarrollada por el tercero contratista o trabajador puede generar el pago solidario de las obligaciones laborales.

En esta línea, es importante aclarar el papel del Ministerio de Educación en el sector educativo, en el cual, se desagregan las competencias entre nación y entidades territoriales, determinando claramente que el Ministerio desarrolla las funciones descritas en el Decreto 5012 de 2009 y el artículo 148 y ss de la Ley 115 de 1994, fijando como primera función de esta cartera generar la “política y planeación del sector, en consecuencia, se separan claramente las competencias con normas que desagregan y desarrollan las responsabilidades en el ordenamiento territorial tales como; la Ley 715 de 2001 (artículos 151, 288, 356 y 357), y la Ley 1295 de 2009.

Es este sentido, las entidades territoriales prestan y operativizan el servicio educativo y el Ministerio dirige, financia, formula y evalúa la política pública del sector, por lo tanto, los convenios o contratos que suscribe esta Cartera para servicios del sector se realizan como financiador de la política, no como prestador del servicio educativo.

Cabe destacar, que muchos de los objetos contractuales educativos deban prestarse con un proceso de articulación interterritorial que obliga a desagregar las tareas en la Nación - Ministerio de Educación Nacional como planeador, articulador y financiador de la política pública y las entidades territoriales.

Por tal motivo, es necesario:

- a. En los contratos o convenios cuyo objeto tengan relación con algún servicio educativo, deberá especificarse en una de sus cláusulas que el Ministerio actúa en calidad de planeador, articulador y financiador de la política pública, y no como ejecutor de los servicios de educación, cuya competencia se encuentra en cabeza de las entidades territoriales; citando las normas en las que se desagregan las competencias que sobre el objeto contratado o convenido, tiene el Ministerio y las entidades territoriales.
- b. Es necesario que en los contratos o convenios se indique a los contratistas el uso adecuado de los contratos civiles y laborales, con el fin de mitigar el riesgo litigioso con terceros.

De esta manera se generan los lineamientos a tener en cuenta para la elaboración de necesidades y estudios previos de contratos civiles o convenios relacionados anteriormente, con el fin de prevenir el daño antijurídico que pueden derivar y evitar futuros litigios.

Cordialmente,



LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA
Jefe
Oficina Asesora Jurídica

Folios: 8
Anexos:
Nombre anexos:

