CONTROL DE CAMBIOS

No. DE ACTA DE APROBACIÓN	FECHA	VERSIÓN	DESCRIPCIÓN
068	7 de mayo de 2019	1.0	Adopción de la Política
014	05 NOV 2024	2.0	Actualización de la Política de Prevención del Daño Antijuridico con la inclusión de los siguientes ejes temáticos: Estabilidad Reforzada e incapacidades y licencias. Dichos ejes fueron incluidos dentro de la política inicial ya adoptada, con el fin de minimizar los riesgos litigiosos que puedan presentarse en estos casos. Esta Política fue aprobada en Comité de Conciliación N°20 del 21 de octubre de 2024

AUTORIZACIONES

ELABORÓ:	REVISÓ	APROBÓ
ÁREA TÉCNICA	OFICINA ASESORA DE PLANEACIÓN	LIDER DEL PROCESO
Nombre: Myriam Lara Baquero Catalina Casas Gómez	**Nombre:** Magda Rojas Ibith Fernanda Cortés	**Nombre:** Yuly Patricia Castro Beltrán
Firma:	**Firma:**	**Firma:**
Cargo: Contratistas Oficina Jurídica	**Cargo:** Contratista OAP Profesional Especializado OAP	**Cargo:** Jefe Oficina Jurídica

1. INTRODUCCIÓN

Mediante el presente documento se pretende actualizar los ejes temáticos de la política de prevención del daño antijurídico, la cual se ha elaborado de acuerdo con las disposiciones legales que así lo determinan, en este orden de ideas, en dicho documento el Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal parte de establecer nuevas causas generadoras del daño antijurídico en la entidad relacionadas con sus funciones administrativas y busca determinar los parámetros preventivos para de esta manera evitar actuaciones administrativas que puedan generar vulneración de bienes jurídicamente tutelados, con afectación de los intereses del Instituto.

De conformidad con lo anterior, resulta fundamental determinar qué aspectos originan el riesgo, por lo cual se permitirá establecer las causas que podrían generar el daño antijurídico, contribuyendo así con la minimización de procesos judiciales en que sea parte el Instituto, permitiendo atender de manera cuidadosa los intereses de la entidad.

No obstante, en el Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal, nos encontramos en un nivel de baja litigiosidad, toda vez que la entidad hasta la fecha cuenta con dos (2) acciones populares vigentes y un proceso de Reparación Directa, sin embargo, se hace indispensable establecer la actualización de la política de prevención del daño antijurídico, en el entendido que es un tema de vital importancia, tanto así que la gestión de la defensa jurídica de la entidad se está ocupando de manera insistente en la atención de la política de prevención debido a sus importantes implicaciones tanto jurídicas como patrimoniales.

2.- OBJETIVO

Implementar estrategias y criterios unificados que permitan determinar un modelo integral de defensa judicial, mediante el establecimiento de medidas eficaces para la prevención del daño antijurídico o del aumento de los índices de litigio al interior del Instituto relacionados con las funciones administrativas que desempeña.

Así mismo, se busca implementar lineamientos y acciones con miras a disminuir, minimizar o reducir las eventuales demandas o procesos judiciales que pudiesen ser iniciados en contra del Instituto como consecuencia de las funciones administrativas que ejerce.

Por consiguiente, es importante salvaguardar a la entidad de la recurrencia de fallos condenatorios que puedan generar sus actuaciones y por ende desarrollar una política que cumpla con los parámetros de prevención del daño de acuerdo con los lineamientos y diversos aspectos jurídicos y legales contenidos en el presente documento.

3.- ALCANCE

La política de prevención del daño antijurídico y de defensa de los intereses del Distrito Capital, es aplicable a todas las dependencias de la entidad, inicia con la promoción de una cultura proactiva de la prevención del daño antijurídico al interior del Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal, mediante la identificación y análisis de los hechos generadores del daño antijurídico que incluyen una completa indagación sobre las posibles deficiencias en el ejercicio de las funciones de la entidad, que puedan generar reclamaciones en su contra y exponiendo el proceso para la formulación, evaluación e institucionalización de acciones que se deben adoptar para reducir los riesgos y costos de enfrentar

un proceso judicial, buscando contribuir a la reducción de demandas en contra de la entidad en el mediano plazo y a la disminución en los pagos que se llegaren a realizar por concepto de sentencias y conciliaciones.

PARTE I

1.1.- Identificación

Determinar cuáles son los factores de amenaza más importantes que pueda tener un impacto adverso y representativo a la entidad, a partir de esta etapa de evaluación es posible dar dimensión o medir el riesgo y determinar cuál es el método administrativo o de gestión que debe implementarse.

1.2.- Valoración

Estimar la probabilidad y nivel de impacto de los riesgos que han sido cualificados y que por su materialidad requieren una valoración cuantitativa. Para efectuar una correcta valoración es indispensable emplear una metodología con base en los procedimientos establecidos por la entidad.

1.3.- Mitigación

Se deben tomar decisiones respecto al manejo óptimo de los riesgos, que, a través del diseño e implementación de mecanismos, estrategias y/o apropiaciones de recursos que se necesiten para mitigar el impacto de fallos adversos, logrando un índice mínimo de fallos condenatorios, lo cual podría lograrse con buenas prácticas en la ejecución de los procesos y procedimientos en cada una de las áreas de la entidad, en lo atinente a las funciones administrativas que ejecuta.

2. TÉRMINOS Y DEFINICIONES

2.1.- Daño Antijurídico

El artículo 90 de la Constitución Política establece: *"El Estado es responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra este".*

La concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en múltiples oportunidades y ha definido el daño antijurídico como "*la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, por lo cual se ha desplazado la antijurídica de la causa del daño al daño mismo".* Por consiguiente, concluye esa Corporación, *"el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva".*

El daño antijurídico entonces puede definirse como el daño injustificado que el Estado le causa a un particular que no está obligado a soportarlo de lo cual surge la responsabilidad de la administración la cual conlleva un resarcimiento de los perjuicios causados.

En materia de daño antijurídico en las actuaciones judiciales podemos definirla como el daño causado por una acción y omisión dolosa o gravemente culposa realizada por un servidor público cuya consecuencia es una condena patrimonial contra el Estado que tiene posibilidad de recuperar lo pagado a través del medio de control de repetición.

2.2.- Prevención

El concepto prevención hace alusión a prevenir, o a anticiparse a un hecho y evitar que este ocurra. Su origen es el término del latín preventivo, el cual proviene de “prae” previo, anterior y “eventicus” evento a suceso. Generalmente se habla de prevenir un acontecimiento negativo o no deseable.

2.3.- Política de prevención del daño antijurídico.

De acuerdo con lo anterior, la política de prevención del daño antijurídico busca identificar las causas de los daños antijurídicos que se presentan en la entidad y que, como consecuencia, se producen las diferentes demandas por parte de los afectados, algunas de las cuales dan como resultado fallos condenatorios en contra de la entidad con el correspondiente pago. Por lo que la política de prevención del daño antijurídico busca generar estrategias al interior del Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal para identificar los riesgos y costos de los procesos judiciales.

La formulación de las políticas es una actividad que debe desplegarse para resolver un problema, respecto a la prevención del daño, el comité de conciliación tiene a cargo la actividad litigiosa, la cual es especialmente estratégica y que las políticas que formule en ese campo tienen que adaptarse al contexto de toma de decisiones judiciales. La prevención del daño permite que asuntos que podrían ser decididos por los jueces ni siquiera lleguen a esa etapa porque esos eventos se pueden prevenir y evitar.

Una política de prevención del daño efectivo implica que la entidad conscientemente decida resolver los problemas que generan las sentencias frecuentes en su contra. Es decir que las condenas reiteradas en los procesos judiciales deben ser interpretadas como una causa que genera dificultades en los procesos administrativos que afectan los derechos de los administrados.

La política de prevención del daño es esencialmente la solución de los problemas administrativos que generan reclamaciones y demandas.

3. NORMATIVIDAD

3.1.- Constitución Política de Colombia

Artículo 2: “*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.*

Artículo 90: "*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste"*.

3.2.- Ley 446 de 1998, reglamentada por el Decreto 1829 de 2013 que a su vez fue compilado por el Decreto 1069 de 2015.

La Ley 446 de 1998, establece en su artículo 75 la obligación para las entidades y organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles, de integrar un comité de conciliación.

3.3.- Decreto 1716 de 2009 compilado por el Decreto 1069 de 2015.

Artículo 2.2.4.3.1.2.2. dispone: "*El comité de conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticos sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad (…)".*

A su vez el numeral 1 del Artículo 2.2.4.3.1.2.5, estableció que le corresponde al Comité de Conciliación el cumplimiento de la función de formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.

En efecto, el Decreto 1069 de 2015 de mayo 26 de 2015 dispone que las normas sobre Comités de Conciliación son de obligatorio cumplimiento para las entidades de derecho público, los organismos públicos del orden nacional, departamental, distrital, los municipios que sean capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles (Artículo 2.2.4.3.1.2.2) normas dentro de las cuales se encuentran precisamente la que señala al Comité como Instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de las políticas (Artículo 2.2.4.3.1.2.5) correspondiéndole por tanto cumplir con la función de formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.

3.4.- Decreto 1069 del 16 de mayo de 2015

El Decreto 1069 de 2015 dispone en su artículo 2.2.4.3.1.2.1 que *Las normas sobre comités de conciliación contenidas en el presente capítulo son de obligatorio cumplimiento para las entidades de derecho público, los organismos públicos del orden nacional, departamental, distrital, los municipios que sean capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles. (…)*.

Así mismo, el Artículo 2.2.4.3.1.2.2. define el concepto de comité de Comité de Conciliación y su rol. *El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.*

Igualmente decidirá, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público. La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores, por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité.

El mismo Decreto determina en el artículo 2.2.4.3.1.2.5. las funciones del Comité de Conciliación, dentro de las que se encuentra la de *1.* ***Formular y ejecutar políticas de prevención del daño***

antijurídico*"*, por lo que corresponde al Secretario Técnico del Comité conforme al artículo 2.2.4.3.1.2.6. *"4.* ***Proyectar y someter a consideración*** *del comité la información que este requiera para* ***la formulación y diseño de políticas de prevención del daño antijurídico*** *y de defensa de los intereses del ente."*

3.5.- Resolución No 017 del 18 de febrero de 2018

La Resolución 017 de 2018 *"Por medio de la cual se crea y conforma el Comité de Conciliación del Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal y se dictan otras disposiciones",* establece en su artículo 5º numeral 1º como función del mismo *"(…) Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico"*.

3.6.- Acuerdo 638 de 2016 y Decreto Distrital 323 de 2016, modificado el último por los Decretos Distritales 798 de 2019 y 136 de 2020.

La Secretaría Jurídica Distrital de conformidad con lo dispuesto por el Acuerdo 638 de 2016 y el Decreto Distrital 323 de 2016, se constituyó como ente rector de los asuntos jurídicos y que tiene por objeto formular, orientar y coordinar la gerencia jurídica del Distrito Capital y la definición, adopción, coordinación y ejecución de las políticas en materia de gestión judicial y prevención del daño antijurídico, dichas normas fueron modificadas por los Decretos Distritales 798 de 2019 y 136 de 2020.

3.7.- Decreto Distrital 430 de 2018 de la Secretaría Jurídica Distrital

En el Decreto Distrital 430 de 2018, se adopta el Modelo de Gestión Jurídica Pública del Distrito Capital el cual está conectado a la Prevención del Daño Antijurídico, el mismo, pretende abarcar todas las instancias administrativas y judiciales en las que desarrolla su gestión el Distrito Capital y tiene como propósito identificar las causas o hechos que lo generan, para así implementar los correctivos pertinentes de manera integral.

3.8.- Directiva 025 de 2018 de la Secretaría Jurídica Distrital

Expide lineamientos metodológicos para la formulación y adopción de la Política de Prevención del Daño antijurídico por parte de los Comités de Conciliación de organismos y entidades distritales, determinando entre otros aspectos, los pasos para la elaboración de tales políticas identificando las actividades y el encargado de realizarlas.

PARTE II

4.- IDENTIFICACIÓN RIESGOS LITIGIOSOS

Este documento trata de identificar las posibles causas generadoras de un daño antijurídico y formular las políticas que permitan mitigar los riesgos para el Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal-IDPYBA, en lo atinente al ejercicio de sus funciones administrativas. La información utilizada para realizar dicho análisis está compuesta por la misionalidad del Instituto, ya que para el momento de realizar el mismo no existían demandas ni condenas en contra de la Entidad, al igual que fallos de tutela desfavorables a los intereses del Instituto. Por lo anterior, se proponen los siguientes ejes temáticos de posibles causales de acciones en contra del Instituto:

4.1.- EJES TEMÁTICOS:

4.2.- POLÍTICA EN MATERIA DE CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD

El Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal, en la actualidad no cuenta con reclamaciones, demandas ni condenas en su contra en las cuales se debata o haya debatido la existencia de una relación laboral entre un contratista y la Entidad.

Es de anotar que, el Instituto cuenta con una planta de personal de 37 cargos los cuales no son suficientes para el desarrollo de su objeto y de las funciones contenidas en el Decreto 546 de 2016 y el Acuerdo No 003 de 2017, relacionadas con:

> *"Implementar, desarrollar, coordinar, vigilar, evaluar y efectuar el seguimiento a la Política de Protección y Bienestar Animal, efectuar la coordinación intersectorial e interinstitucional, generar los espacios de participación ciudadana y emitir los conceptos técnicos que las autoridades requieran para estos efectos; Administrar técnica y operativamente todos los equipamientos públicos creados y destinados a la protección y el bienestar animal en la ciudad, que garanticen su adecuado funcionamiento; Coordinar y promover con las Secretarías Distritales de Salud, Ambiente, Gobierno y Educación la realización de actividades relacionadas con el bienestar y la protección animal, en asocio con las organizaciones sin ánimo de lucro protectoras de animales, facultades de medicina veterinaria y Zootecnia, instituciones educativas oficiales y privadas, y demás instituciones interesadas, para la celebración de la Semana Distrital de la Protección y Bienestar Animal; Crear, fomentar, coordinar e implementar programas de capacitación y educación con entidades Distritales, asociaciones defensoras de animales legalmente constituidas, la comunidad y demás entidades relacionadas con este proceso, con el ánimo de generar una cultura ciudadana, basada en la compasión, protección y cuidado hacía los animales; Diseñar estrategias de articulación para el desarrollo de proyectos de interés común con las diferentes instancias y organizaciones de los gobiernos nacionales y distrital, con el fin de promover una sana convivencia entre la fauna y la comunidad; Proponer y promover proyectos de investigación que contribuyan a generar conocimiento y hábitos de respeto de los ciudadanos hacia los animales; Diseñar e implementar protocolos y procedimientos de atención para la captura, rescate, decomiso, conducción, recepción y confinamiento de animales, así como para su tenencia, incluyendo el protocolo de paseador de perros y promover su capacitación en concordancia con lo establecido en la Policía de Protección y Bienestar Animal y demás normativas vigentes; Realizar conjuntamente con las entidades competentes, los operativos requeridos para la captura, el decomiso o el rescate de animales de que trata el*

presente Decreto; Hacer parte del Consejo Distrital de Protección Animal y asumir la Secretaría Técnica; Dar los lineamientos para la implementación del servicio de urgencias veterinarias en el Distrito Capital en coordinación con los demás sectores públicos con corresponsabilidades en el tema; Diseñar herramientas y procesos de innovación y tecnología que mejoren las condiciones de vida de los animales y las demás que le sean asignadas y correspondan a su objeto"

Por lo que se hace necesario acudir a la figura del contrato de prestación de servicios personales y de apoyo a la gestión, los cuales en caso de un desarrollo indebido podrían generar reclamaciones o demandas en procura de la declaración de un contrato realidad. El contrato estatal de prestación de servicios es uno de los instrumentos de la gestión pública y de ejecución presupuestal más importantes para satisfacer las necesidades y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, es un tipo de negocio jurídico que expresamente recoge el estatuto general de contratación pública; como un contrato típico, que se encuentra definido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 numeral tercero, que establece lo siguiente:

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.

Se pueden considerar como características del contrato estatal de prestación de servicios las siguientes:

(i) Solo puede celebrarse por un *«término estrictamente indispensable»* y para desarrollar *«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.

(ii) Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades *«no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados».*

(iii) El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que *«En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales»*[1].

Así las cosas, en cumplimiento de lo dispuesto por la normatividad vigente, en especial el artículo 2º de la Constitución Política señala que "*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (…)",* y el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, según el cual la contratación estatal tiene como fin: "la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines, se hace necesario para el IDPYBA contratar personal calificado que cuente con el conocimiento y experiencia que abastezca la evidente inexistencia e insuficiencia de talento humano de planta del Instituto.

[1] Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, 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 exequibles, salvo que se acredite por parte del contratista la existencia de una relación laboral subordinada»

De conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional C-614 de 2009 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub): *"(…) El contrato de prestación de servicios es un contrato estatal que celebran las entidades para desarrollar actividades relacionadas con su administración o funcionamiento, y 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 necesidad de los contratos de prestación de servicios para apoyar la gestión institucional de la entidad ha sido abordada ampliamente por las altas corporaciones judiciales y en ese sentido existe jurisprudencia reiterada sobre el particular. La Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997 (M.P.: Hernando Herrera Vergara), respecto al contrato de prestación de servicios determinó:

> *(…) El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. 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. (…).*

Teniendo claridad sobre las funciones del IDPYBA y las atribuciones propias de su objeto y misionalidad, es importante señalar que el contrato de prestación de servicios, es el instrumento que permite apoyar la gestión en relación con la labor o el desarrollo de actividades relacionadas con las funciones y misionalidad de una entidad, proporcionando apoyo, acompañamiento y soporte para el cumplimiento de los fines de una institución, cuando estas no se pueden satisfacer por sí solas o estas mismas demandan conocimientos especializados, que no se pueden obtener por los medios y mecanismos normales que la ley le concede a las entidades.

En este sentido, la contratación de personal calificado fortalecerá la gestión administrativa y misional, para el buen funcionamiento del IDPYBA, dado que existe proporcionalidad con las necesidades de la administración y el principio de planeación. Por lo tanto, el contrato de prestación de servicio aportará en las actividades operativas, logísticas, asistenciales y/o profesionales intrínsecas a la funciones y competencias del IDPYBA, es decir, que hace parte de su giro ordinario o quehacer cotidiano.

4.2.1- De los contratos de trabajo y su desnaturalización al contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión

Los contratos de trabajo reciben esa denominación por la configuración de tres elementos esenciales según la ley laboral, a saber: (i) prestación personal del servicio, (ii) subordinación del trabajador a la dirección del trabajador (iii) salario y, cuyo contenido ha sido desarrollado por la jurisprudencia de las Altas Cortes.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone que cualquier contrato de prestación de servicios tiene por objeto genérico *"desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad".* Sin embargo, la celebración del contrato de prestación de servicios debe formalizarse a través

de las modalidades de la contratación directa, pues así lo dispone el artículo 2, numeral 4, literal h), de la Ley 1150 de 2007 que señala:

> *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.*

Es de aclarar, que el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, ha señalado que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral. en virtud del mandato superior, específicamente el artículo 53 que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que, si a través de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración.

Sin embargo, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurran los elementos previstos en el artículo 122 de la Constitución Política de Colombia.

Al respecto el Consejo de Estado en sentencia unificada bajo radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016) han señalado las actuaciones, que podrían servirle al juez contencioso-administrativo como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza de cada vinculación contractual, dentro de las cuales se encuentran los siguientes:

> *Los estudios previos: En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, que es la modalidad que se examina en el marco de esta litis, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada.*
>
> *Subordinación continuada: De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye el elemento determinante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.*
>
> *Prestación personal del servicio: Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este;36 pues, gracias a sus*

capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas

Remuneración: Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado.

En esta misma línea, el Consejo de Estado señaló que se han consolidado circunstancias que permiten determinar la subordinación como lo son: El lugar de trabajo, el horario de labores, la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.

Así las cosas y con el fin de precaver un daño antijuridico se pone de presente algunas acciones que deben evitar al momento de celebrar y ejecutar contratos de prestación de servicios a saber:

- Establecer como actividades a desarrollar por el contratista, aquellas similares a las que ejecutan los funcionarios o relacionadas directamente con el objeto de la entidad, sin justificar que no se cuenta con el personal suficientes dentro de la planta de la entidad para desarrollar esa labor y, por el contrario, deben ser ejecutadas de forma permanente por el personal de planta y que están relacionadas con la Administración o funcionamiento de la entidad, y no aquellas que requieren un conocimiento o experticia determinados.

- Suscribir sucesivos contratos de prestación de servicios con el mismo contratista y con el mismo objeto contractual, cuando está relacionado con las funciones de la entidad y no se requieren conocimientos técnicos especializados.

- Redactar cláusulas, cuando el objeto contractual no lo requiere, a través de las cuales se imponga al contratista cumplir un horario, permanecer en las instalaciones de la entidad por más tiempo del necesario para el desarrollo de sus actividades, solicitar permiso para ausentarse, o estar disponible en todo tiempo, personalmente o a través de cualquier medio personal de comunicación, entre otras similares que den cuenta de situaciones a través de las cuales se pueda inferir que existe subordinación.

- Suscribir clausulas permitan a la entidad sancionar disciplinariamente al contratista en relación con la ejecución de sus actividades.

Se debe tener en cuenta en este caso, que a pesar de no estar redactadas este tipo de cláusulas se puede incurrir en el error de exigir el cumplimiento al momento de ejecutar el contrato, lo cual debe evitarse so pena de configurar un contrato de realidad, por ejemplo:

a) 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.

b) Acudir al contrato de prestación de servicios cuando sea estrictamente necesario y evitar que a través de este se desarrollen funciones de carácter permanente de la administración.
c) 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 estas.
d) Establecer expresamente en los estudios previos la necesidad de la contratación y la temporalidad del objeto contractual.
e) 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.
f) 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.
g) Exigir al contratista el cumplimiento de órdenes, la entidad sí puede efectuar una coordinación de actividades.
h) 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.

i) 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.
j) Cambiar las condiciones de tiempo, modo y lugar de la prestación de los servicios contratados, de forma tal que la autonomía del contratista se limite o se le impongan restricciones que no están relacionadas con el objeto contractual.
k) Amonestar al contratista de forma verbal o por escrito, o sancionarlo disciplinariamente.
l) Evitar exigirle al contratista la participación obligatoria en capacitaciones o eventos que no se encuentren estipulados en el contrato de prestación de servicios.
m) Garantizar que las funciones del contratista se desarrollen con alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante.
n) Capacitar de manera permanente a los supervisores de los contratos de prestación de servicios para el debido ejercicio de las funciones.

4.2.2.- De la prevención del daño antijurídico en materia de contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión.

Teniendo claridad de las falencias en las cuales se podrían incurrir tanto en la etapa pre contractual como contractual y en su fase de ejecución en este tipo de contratos, se propone a manera de prevención del daño antijurídico los siguientes lineamientos:

- Suscribir contratos de prestación de servicios en aquellos eventos en los que la actividad a contratar no pueda ser ejecutada por el personal de planta, o cuando se justifique que el personal de planta que realiza actividades similares es insuficiente para completarlas, o cuando se requieran conocimientos especializados y experticia acreditada. Para ello es pertinente que la entidad adelante estudios de necesidad y conveniencia que justifiquen la contratación externa.
- Evitar indeterminación y ambigüedad en la descripción del objeto del contrato y de las actividades a desarrollar por el contratista. La redacción debe ser clara, especifica y no dar cabida a diversas interpretaciones, con lo cual se garantiza que las partes entiendan lo mismo del contenido del contrato y se eviten futuras controversias.
- Justificar en el contrato si, de acuerdo con el objeto del mismo, se requiere que el contratista cumpla un horario, o asista a reuniones, entrevistas o grupos de trabajo en las instalaciones de la entidad u en otros lugares, con la única finalidad de dar cabal cumplimiento al objeto suscrito.

- Justificar en el contrato si, de acuerdo con el objeto del mismo, se requiere que el contratista permanezca en las instalaciones de la entidad. Esta situación debe presentarse cuando, por ejemplo, la información para ejecutar las labores contratadas es de carácter confidencial y no puede ser extraída, o cuando en la entidad se encuentren los recursos para ejecutar la labor, o similares.
- Incluir en el contrato una cláusula que indique que la coordinación para el desarrollo del contrato está a cargo del supervisor.
- Instruir al personal que va cumplir la función de supervisión, sobre las prácticas relativas a la indebida ejecución de los contratos de prestación de servicios que pueden originar la configuración de un contrato realidad.
- Exigirles a los supervisores que se encarguen directamente de realizar el seguimiento al cumplimiento de las obligaciones del contratista, y solicitar informes, aclaraciones o explicaciones sobre la ejecución del contrato.
- Además, recordar 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 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.
- La entidad debe informar a los supervisores que la desnaturalización del contrato de prestación de servicios puede conllevar a investigaciones disciplinarias.
- Evitar que la actividad contratada a través del contrato de prestación de servicios que es de naturaleza transitoria, se torne permanente, a no ser que se cumplan los siguientes requisitos, los cuales deberán ser analizados en cada caso particular: (i) no implique un ejercicio de competencias propias de la entidad; (ii) se trate de funciones o labores que no se encuentren en el manual específico de requisitos y funciones; y (ii) se trate de contratistas que aportan un saber y una experticia excepcional con la cual no cuenta la entidad.
- Mantener actualizada la base datos en donde consten los contratos de prestación de servicios suscritos por la entidad y se relacionen las partes contractuales y sus actividades.
- Que la entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se cumpla el artículo 122 de la Constitución, en caso de que las actividades pactadas por medio de un contrato de prestación de servicios demanden una permanencia mayor o indefinida.

- La entidad deberá tener en cuenta frente a las obligaciones contenidas en los contratos y el cumplimiento de estas, la prevención de acciones que sean indicadores de una relación de jerarquía y deben procurar que las relaciones sean de naturaleza horizontal entre sus contratistas.

Dicho lo anterior, no se debe perder de vista los lineamientos establecidos en la Circular Externa No 03 del 1º de marzo de 2023 de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, específicamente en lo relacionado con la prevención durante la planeación y ejecución del contrato de prestación de servicios. Lineamientos que hacen parte integral de la presente política.

4.2.3.- Prevención durante la planeación del contrato de prestación de servicios.

a.- Considerar que el contrato de prestación de servicios solo tiene lugar en los eventos en los que la entidad pública contratante necesite llevar a cabo labores ocasionales, extraordinarias accidentales o que exceden su capacidad organizativa y funcional.

b.- Determinar en los estudios previos los siguientes aspectos encaminados a evadir cualquier hecho indicador de una relación laboral.

- Señalar que, de preferencia, el contrato se ejecute a través de la entrega de productos, en los casos en que aplique por la naturaleza del mismo.
- Establecer la obligación de entregar un plan de trabajo, si a ello hubiere lugar.
- Puntualizar si el contratista deberá asistir a reuniones internas o externas a la entidad.
- Sustentar y motivar si, por la naturaleza del objeto y las obligaciones, se requiera que su cumplimiento se de en un horario especifico y/o en las instalaciones de la Entidad. En este evento, debe haber una correlación directa entre el horario de trabajo, la permanencia del contratista en las instalaciones de la Entidad y las actividades a desarrollar.
- Enfatizar en los estudios previos que el contratista gozará de autonomía e independencia en la ejecución del objeto a contratar.
- Plasmar en los estudios previos la necesidad, los requisitos de experiencia y la formación académica de la persona que se pretende contratar y evitar ambigüedades en el perfil. En todo caso, los núcleos de conocimiento establecido en el perfil deben ser completamente afines y solicitar experiencia relacionada.
- Evitar ambigüedades en la redacción del objeto y obligaciones contractuales, los cuales deben ser claros, concretos y detallados.

c.- Planificar de forma detallada el contrato para que se ejecute durante el término estrictamente indispensable y se cumpla, a cabalidad, con el objeto contractual.

d.- Capacitar a quienes ejercen la supervisión de los contratos sobre el alcance de sus funciones y recordarles que no tienen la calidad de jefes o jefas del/la contratista. Por el contrario, sus principales funciones son la vigilancia del debido cumplimiento del objeto contractual; la solicitud del informe de actividades y velar por la oportunidad y calidad del producto.

4.2.4.- Prevención durante la ejecución del contrato de prestación de servicios.

a.- Respetar la autonomía técnica, administrativa y financiera del contratista, para lo cual no deberá incurrir en:

- Imponer reglamentos propios de los funcionarios de planta.
- Solicitar el cumplimiento de horarios y presencia física del contratista en la entidad, salvo que en los estudios previos y en el contrato haya quedado suficientemente justificado y expresamente plasmado la necesidad de que este o esta cumpla con sus obligaciones dentro de un horario específico y en sus instalaciones.
- Exigir el cumplimiento de horas de compensación para descansos remunerados (semana santa o fin de año).
- Otorgar vacaciones, días libres, permisos o licencias como se hace con los funcionarios de planta.
- Establecer turnos para almuerzos y reemplazos ante la ausencia de personal de planta.
- Solicitar la asistencia a reuniones cuando no estén relacionadas en el objeto contractual.
- Enviar mensajes, instrucciones o recomendaciones a través de medios físicos o electrónicos que son propias de una vinculación legal y reglamentaria.
- Incluir a los contratistas en grupos o mensajes masivos de correo electrónico u otros medios digitales para asuntos administrativos o misionales de la entidad, salvo que se trate de

instrucciones dirigidas únicamente a quienes tengan un contrato de prestación de servicios y que guarden relación con el objeto contractual.

- Entregar dotación e implementos de trabajo (escritorio, computador, teléfono, correo electrónico, etc), salvo que en los estudios previos y se justifique la necesidad que la entidad suministre este tipo de elementos.
- Adelantar procesos disciplinarios a través de la oficina de Control Interno Disciplinario, contra los contratistas. En caso de incumplimientos contractuales deberá acudir a los procedimientos y la normativa aplicable para el efecto.
- Realizar evaluaciones de desempeño que solo corresponden a los funcionarios de planta de la entidad.
- Variar las condiciones de tiempo, modo y lugar en la prestación de los servicios, sin que se suscriba otrosí para el efecto.

b.- Coordinar entre quien supervisa y el contratista cómo y cuando se dará cumplimiento al objeto del contrato. En el plan de trabajo se deben puntualizar las fechas de entrega de los productos, la asistencia a reuniones o cualquier otro aspecto relativo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que se desarrollará el objeto contractual.

c.- Canalizar de forma exclusiva, a través de quien supervisa el contrato, las recomendaciones, sugerencias, comentarios o aportes en términos de tiempo y calidad de los productos de las obligaciones del contratista.

d.-Dar cumplimiento al plan de trabajo que se haya estipulado en el contrato y no imponer requerimientos no contemplados en este.

e.- Abstenerse de solicitar actividades que estén por fuera del objeto contractual y de las obligaciones.

f.- Aplicar estos lineamientos y usar de manera adecuada los medios tecnológicos y de comunicaciones, cuando la prestación del servicio se lleve a cabo de manera remota por parte del contratista.

g.- Analizar con anticipación si el contrato requiere una prórroga, en cuyo caso deberá estar debidamente justificada la necesidad de su suscripción. En este evento deberá prorrogarse por el término estrictamente indispensable.

Ahora bien, a pesar de que se adopten por parte de la entidad estas consideraciones, ello no es óbice para que se presenten reclamaciones por parte de los contratistas tendientes al reconocimiento de una relación laboral con las implicaciones prestacionales que ello conlleva. Es por eso que se propone como medida para prevenir un daño antijurídico, que al momento de dar respuesta a este tipo de solicitudes se tenga en cuenta lo siguiente:

a) En primer lugar se debe analizar la situación particular del interesado y evitar el uso de formatos prestablecidos para resolver la petición presentada. Y dar respuesta a cada requerimiento de forma clara, específica y concreta.

b) En caso de que la petición de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales sea negada, justificar dicha decisión en el análisis de todos los insumos que tiene la entidad para justificar que se pactó y se ejecutó un contrato de prestación de servicios, como por ejemplo: (i) el contrato, (ii) los documentos donde se pueda contrastar las funciones que desarrolló el contratista y las que son propias de los funcionarios de planta, y (ii) todos los demás documentos

que den cuenta de la autonomía del contratista para realizar su labor, en relación con el horario, la entrega de los productos, su permanencia en las instalaciones de la entidad etc.

c) Es necesario tener presente y valorar si en la respuesta se va hacer alusión a todos los elementos probatorios con los que cuenta la entidad o si estos van a ser usados en caso de que la controversia deba ser resulta en sede.

d) Prever que el contratista puede iniciar acciones judiciales cuya pretensión sea la declaratoria de un contrato realidad, y el subsecuente reconocimiento y pago de prestaciones sociales, por lo que desde este mismo momento se deberá recaudar de forma anticipada pruebas necesarias para fundamentar una posible conciliación o defensa judicial, según el caso.

4.2.5. - Aspectos finales que deben tenerse en cuenta frente a los lineamientos aquí establecidos.

Finalmente, no debe perderse de vista lo establecido en el concepto 114861 de 2014 del Departamento Administrativo de la Función Pública; "*Conforme a lo expresado, no le corresponde a los contratistas de prestación de servicios ejercer control o vigilancia sobre los servidores de planta de la entidad, labor que deberá ejercerse atendiendo a los niveles de jerarquía internos de la entidad; a contrario sensu, la actividad ejecutada por los contratistas de prestación de servicios, si debe ser objeto de supervisión con fundamento en lo dispuesto en el artículo 26 numeral 1o y el artículo 51 de la Ley 80 de 1993, y artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011."*

En este sentido la Dirección Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública, en el Concepto 20186000327771 del 2 de enero del 2018 que se fundamenta en el pronunciamiento proferido en el concepto 20126000172991 del 2 de noviembre del 2012, en respuesta a la procedencia que un contratista de prestación de servicios se desempeñe como coordinador de un grupo interno de trabajo, se refirió al asunto en los siguientes términos: "(...) *En este orden de ideas, no es viable que contratistas cumplan funciones de coordinación o ejerzan autoridad entre los empleados de la entidad".*

Por tanto, se concluye que la coordinación de grupos internos de trabajo debe estar en cabeza de empleados públicos, entendidos como aquellos que tienen una relación legal o reglamentaria con la administración, existiendo en consecuencia un acto administrativo de nombramiento y un acto de posesión. Por lo anterior no resulta procedente que se otorgue autoridad o jerarquía a un contratista sobre los miembros de un grupo de trabajo de la planta de personal de la entidad, en atención a que se trata de un particular que no tiene la condición de servidor público quien, al no formar parte de la planta de personal de la entidad, no puede ser parte de la estructura, ni de su organización jerárquica.

Por último, para la asignación de actividades de los contratistas de la entidad y el desarrollo de su objeto y obligaciones, deberá tenerse en cuenta la estructura organizacional y jerárquica del IDPYBA contenida en el Acuerdo No 003 de 2017 del Consejo Directivo del Instituto.

Los canales de comunicación entre los contratistas y funcionarios serán los establecidos por la entidad para el efecto, sea a través de los mecanismos escritos y/o tecnológicos aplicables o los que se determinen en el contrato correspondiente.

En lo que respecta a los límites a la coordinación de programas de carácter misional por parte de contratistas, estos deberán ser establecidos por quienes tienen a su cargo (funcionarios del nivel

directivo o asesor) la ejecución de dichos programas de acuerdo a las funciones asignadas a las diferentes dependencias de la entidad, en el Decreto 546 de 2016 y el Acuerdo 003 de 2017 y demás disposiciones que las complementen o que les sean aplicables.

De acuerdo con lo anterior, es claro que los contratos de prestación de servicios suscritos por la entidad no son equiparables en su ejecución a las relaciones de tipo laboral, no otorgala calidad de empleado público, ni genera prestaciones sociales. En consecuencia, se resalta que los Contratos de Prestación de Servicios Profesionales y/o de Apoyo a la Gestión no contienen las mismas condiciones de una relación legal y reglamentaria o de uncontrato laboral, por lo que no hay presencia de una relación de subordinación, no deben cumplir horario, y entre otras, se limita a desarrollar el objeto contratado con autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y profesional para asegurar el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales pactadas.

En este orden de ideas, se precisa que los Contratistas de Prestación de Servicios Profesionales y/o de apoyo a la Gestión deben en el ejercicio de sus obligaciones contractuales acogerse a las pautas que tenga el IDPYBA para el desarrollo del servicio para el cual fueron contratados, y a la forma en la que se encuentran coordinadas las distintas actividades institucionales para su eficiente y productivo desarrollo; por lo que en caso de requerirse la presencia de los contratista en las instalaciones de la entidad, ésta será únicamente para dar cumplimiento a las tareas propias del objeto contractual, de acuerdo con las necesidades y funciones de la entidad.

4.3.- POLÍTICA EN MATERIA DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Dentro del análisis de los riesgos en los que puede verse avocado el Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal, se determinó un segundo eje a tratar, relacionado con la transparencia en la contratación pública, para lo cual es importante resaltar el pronunciamiento de la consulta a la Sala de Servicio de Civil del Consejo de Estado en lo que corresponde a la aplicación práctica de los principios constitucionales y legales para prevenir y sancionar los actos de corrupción en la contratación estatal.[2]

Dicho pronunciamiento define las medidas que deben ser implementadas en las diferentes etapas contractuales, a saber:

1. **En los estudios previos que sustentan la contratación**, *es inexcusable que las entidades estatales en los citados estudios no manifiesten explícitamente:*

   a. El deber jurídico concreto que tienen de ***prevenir los actos de corrupción*** *en la contratación estatal con base en la Constitución Política, la ley, los tratados internacionales y, en especial, con los principios de transparencia, buena fe, planeación, eficacia, precaución y moralidad administrativa;*

   b. La necesidad para los intervinientes en la actuación contractual de observar ***la carga de conocimiento, esto es, determinar la calidad con la que actúa el proponente o contratista (persona natural o jurídica, nacional o extranjera****, si actúa directamente o por medio de una sucursal en Colombia, si pertenece o no a un grupo empresarial, si se trata de una subsidiaria, filial o subordinada, la composición de su capital, si cotiza o no en bolsa, si es una empresa familiar, la idoneidad de sus representantes legales, entre otros aspectos), y*

[2] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS. 27 de agosto de 2015. Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00129-00(2264)

*c. **La tipificación, estimación y asignación de riesgos, dentro de los cuales se destaca el de corrupción y la relación directa que existe entre este y los riesgos financiero, legal y reputacional**, en un adecuado ejercicio del deber de planeación. La Sala profundizará sobre este aspecto en el capítulo siguiente.*

2. En los pliegos de condiciones y como parte integrante de la oferta:

*a. Se podrá exigir a los proponentes que suscriban "**pactos o compromisos de integridad**", por ejemplo, en el sentido de que estos, sus socios, representantes legales, matrices, o cualquier otro sujeto a ellos vinculados, no se encuentran comprometidos en actividades delictivas, o para el caso concreto de la consulta, en actos de corrupción, ni sujetos a investigaciones, medidas de aseguramiento o condenas por dichos actos de corrupción, lo cual incluye delitos como el soborno transnacional, lavado de activos, enriquecimiento ilícito, cohecho, entre otros, de conformidad con la ley penal colombiana y los tratados internacionales sobre la materia;*

*b. Se deberá adjuntar, bajo la gravedad del juramento, "**declaración de origen de fondos**" en el que el proponente identifique la fuente de los recursos que comprometerá en la ejecución del contrato y su origen lícito, en concordancia con el artículo 27 de la Ley 1121 de 2007;*

*c. Se exigirá, con base en la carga de conocimiento, **la identificación plena y la calidad con la que actúa el proponente**; la composición del capital social de la persona jurídica respectiva, con la inclusión exacta de los socios o accionistas; la existencia de pactos o acuerdos de accionistas; la información relativa a su pertenencia o no a un grupo empresarial, si se trata de una matriz, subordinada, o sucursal de sociedad extranjera, así como la de sus representantes legales;*

*d. Se podrá exigir a los proponentes, entendidos como la persona natural o jurídica que concurre al proceso y sus representantes legales, que autoricen expresamente a la entidad para **averiguar su información comercial y financiera en los bancos de datos públicos y privados**.*

*e. El derecho y el deber que tiene la entidad pública licitante de **comprobar la veracidad de los documentos que soportan las exigencias anteriores, así como la facultad de solicitar toda la información adicional que a su juicio resulte necesaria** para cumplir con su deber de prevenir actos de corrupción en la contratación estatal.*

Como lo dijo la Sala en el Concepto 1992 de 2010, los requisitos mencionados en precedencia no otorgan puntaje, y por tanto, deben considerarse bajo el criterio de admisión o rechazo. Esto quiere decir que antes de la adjudicación debe estar verificado el cumplimiento de todas las condiciones del proponente y de la oferta, tanto las generales como las particulares del respectivo proceso de selección, de donde indudablemente se sigue que no será posible adjudicar el contrato al proponente que no haya cumplido con tales condiciones.

Ahora bien, en concordancia con el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, la Sala recomienda que los pliegos de condiciones reiteren expresamente que la entidad estatal podrá proceder a la revocatoria del acto de adjudicación cuando este se haya obtenido por "medios ilegales", y

que dentro de ese ámbito, los "actos de corrupción" se enmarcan dentro de la noción de "medios ilegales."[3]

De manera especial, se identificaron algunos instrumentos que puedan ser de utilidad en los procesos de selección del Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal. A través del presente documento, se propone la adopción de lineamientos sobre prevención del daño antijurídico, en la gestión contractual del Instituto.

4.3.1.- CAPACIDAD JURÍDICA Y CONOCIMIENTO DE LOS OFERENTES:

Sobre este aspecto, se deberá **CONFIRMAR LA AUSENCIA DE INHABILIDADES** de los posibles proponentes, pues si alguna entidad pública no registra las multas impuestas, o las terminaciones de contratos por incumplimientos, no será posible contar con una información fidedigna de estas situaciones que limitan la capacidad jurídica de los posibles proponentes.

Si bien esta información debe estar publicada en el RUP, depende de la publicidad que realicen las entidades contratantes respectivas, situación que no puede ser controlada de manera efectiva por las respectivas cámaras de comercio. Adicionalmente, el RUES (Registro Único Empresarial y Social Cámaras de Comercio) es un instrumento útil, pero depende del cumplimiento de las obligaciones de reporte a cargo de las entidades públicas que impongan las multas y declaren los incumplimientos.

En consecuencia dentro de los Estudios previos y pliegos de condiciones se debe exigir, con base en la carga de conocimiento, la identificación plena y la calidad con la que actúa el proponente; la composición del capital social de la persona jurídica respectiva, con la inclusión exacta de los socios o accionistas; la existencia de pactos o acuerdos de accionistas; la información relativa a su pertenencia o no a un grupo empresarial, si se trata de una matriz, subordinada, o sucursal de sociedad extranjera, así como la de sus representantes legales.

Al respecto, nuevamente resaltamos las recomendaciones realizadas por la Sala de Servicio de Civil del Consejo de Estado[4] en lo que corresponde a la aplicación práctica de los principios constitucionales y legales para prevenir y sancionar los actos de corrupción en la contratación estatal, sin perjuicio de la utilización de la vía judicial cuando quiera que se evidencie la posible vulneración del principio de **moralidad administrativa**.

4.3.2.- INTEGRIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES Y JURÍDICAS EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN:

El Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal, tiene el interés de implementar las mejores prácticas en materia de transparencia en los procesos de selección que adelante que garanticen la transparencia e integridad en el desarrollo del proceso contractual, se haga con apego a la normatividad vigente y que el riesgo de corrupción que se ha presentado en la contratación administrativa a nivel general en las entidades públicas se mitigue de forma efectiva, aplicando los principios constitucionales y legales para prevenir y sancionar los actos de corrupción en la contratación estatal.

[3] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS. 27 de agosto de 2015. Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00129-00(2264)

[4] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS. 27 de agosto de 2015. Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00129-00(2264)

Recogiendo las buenas prácticas de la OCDE[5], que define doce (12) recomendaciones para los Estados que hacen parte a través del Consejo sobre la Contratación Pública, dentro de las cuales, la Oficina Asesora Jurídica propone los siguientes instrumentos para que se incorporen dentro de los estudios previos y como reglas del pliego de condiciones, que permitan que las personas que se presenten a los procesos de selección conozcan y se comprometan a evitar riesgos de corrupción, sobornos y prácticas restrictivas de la competencia como la colusión:

Medida	Contenido y Referente Normativo	Justificación	Riesgo que se mitiga
Verificación de información comercial y financiera	Autorización del proponente para que el Instituto consulte bases de datos y/o listas	La Ley 1266 del 2008, en sus artículos 3 literal j) y 10[6]. Y Circular No. 0170 del 2002 de la DIAN[7].	Prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo.
Pacto o compromiso de integridad	Será un documento suscrito por los proponentes en el cual manifieste bajo juramento que sus socios, representantes legales,	Es una obligación de los administradores actuar de buena fe,	Soborno y actos de corrupción.

[5] La OCDE (ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO) expidió la Recomendación del Consejo Sobre Contratación Pública, que se puede consultar en el link: https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf.

[6] **ARTÍCULO 3o. DEFINICIONES.** Para los efectos de la presente ley, se entiende por:

j) Información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países.

Para todos los efectos de la presente ley se entenderá por información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países, aquella referida al nacimiento, ejecución y extinción de obligaciones dinerarias, independientemente de la naturaleza del contrato que les dé origen.

ARTÍCULO 10. PRINCIPIO DE FAVORECIMIENTO A UNA ACTIVIDAD DE INTERÉS PÚBLICO. La actividad de administración de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países está directamente relacionada y favorece una actividad de interés público, como lo es la actividad financiera propiamente, por cuanto ayuda a la democratización del crédito, promueve el desarrollo de la actividad de crédito, la protección de la confianza pública en el sistema financiero y la estabilidad del mismo, y genera otros beneficios para la economía nacional y en especial para la actividad financiera, crediticia, comercial y de servicios del país.

PARÁGRAFO 1o. La administración de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países, por parte de fuentes, usuarios y operadores deberá realizarse de forma que permita favorecer los fines de expansión y democratización del crédito. Los usuarios de este tipo de información deberán valorar este tipo de información en forma concurrente con otros factores o elementos de juicio que técnicamente inciden en el estudio de riesgo y el análisis crediticio, y no podrán basarse exclusivamente en la información relativa al incumplimiento de obligaciones suministrada por los operadores para adoptar decisiones frente a solicitudes de crédito.

La Superintendencia Financiera de Colombia podrá imponer las sanciones previstas en la presente ley a los usuarios de la información que nieguen una solicitud de crédito basados exclusivamente en el reporte de información negativa del solicitante.

PARÁGRAFO 2o. La consulta de la información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países por parte del titular, será gratuita al menos una (1) vez cada mes calendario.

[7] la Circular Externa No 0170 del 10 de octubre del 2002, emitida por la Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) para la Prevención y Control al Lavado de Activos, toda máxima autoridad administrativa empresarial debe tener un manual de procedimientos que contenga los siguientes aspectos:

- El Conocimiento del cliente: Saber de antemano cuáles son sus actividades económicas, mantener una base de datos completa y actualizada que contenga información personal como: Nombres, apellidos, razón social del cliente, número de cédula, NIT, dirección de residencia, identificación de los socios y origen de los recursos.
- Conocimiento del Mercado: Consiste en conocer las empresas o personas que prestan servicios relacionados con operaciones de comercio exterior y que están obligadas a establecer procedimientos de control orientadas a conocer los aspectos de los clientes y proveedores que quieren será asociados.
- Control de Operaciones cambiarias: De acuerdo a la normativa vigente, todo sujeto que realice transacciones iguales o superiores a los US$500 debe dejar constancia de tal actividad diligenciando un informe completo (Nombre, apellidos, Cédula de ciudadanía, NIT, nombre de la entidad bancaria. Esto garantiza un control minucioso a movimientos de cantidades de dineros representativas, realizando un seguimiento que permita determinar la normalidad o anormalidad de éstos y conforme a los resultados, llevar a cabo la investigación pertinente.
- Disposición de la información a las autoridades: Es válido aclarar que las autoridades tienen acceso a la información de empresas y sujetos de acuerdo a los parámetros establecidos en el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia donde en caso de "efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados"
- Auditoría: Consiste en realizar la auditoria para poder plantear un plan de acción donde se plasmen las medidas correctivas pertinentes para poder ejecutarlas y mejorar en las falencias que se generaron.

	matrices o cualquier sujeto vinculado a este, no se encuentran comprometidos en actividades delictivas, o en actos de corrupción, ni sujetos a investigaciones, medidas de aseguramiento o condenas por dichos actos de corrupción, lo cual incluye delitos como el soborno transnacional, lavado de activos, enriquecimiento ilícito, cohecho, entre otros, de conformidad con la ley penal colombiana y los tratados internacionales sobre la materia.	con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. (Art. 23 Ley 222 de 1995). Es un ejercicio de autorregulación y de buena práctica en la implementación de la transparencia por parte del sector privado.	
Declaración de origen de fondos	Se deberá adjuntar, bajo la gravedad del juramento, un documento en el que el proponente identifique la fuente de los recursos que comprometerá en la ejecución del contrato y su origen lícito.	Artículo 27 de la Ley 1121 de 2007	Lavado de activos, financiación de grupos terroristas.
Documento de revelación de pagos a proveedores previo, durante y posteriores con motivo del proceso de Licitación	El proponente se compromete a revelar de manera clara y en forma total en su propuesta, los nombres de todos los beneficiarios reales de los pagos suyos o efectuados en su nombre, relacionados por cualquier concepto con la Licitación, incluyendo tanto los pagos ordinarios ya realizados y pendientes por realizar, como los que se proponga hacer si su Propuesta resulta favorecida.	Tutela T-337 del 2005 y Concepto del Consejo de Estado No. 2269 del 2016.	Identificar los beneficiarios del proceso, para verificación de posibles conflictos de interés.
Compromiso de no prácticas colusivas y restrictivas a la competencia	El proponente se compromete con el Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal a no: (i) Limitar la competencia y la participación de otros proponentes en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad y transparencia; (ii) Afectar los costos por el incremento de precios debido a la participación de proponentes no idóneos; (iii) Generar asimetrías de información entre los proponentes; (iv) Incrementar	Artículo 333 de la Constitución Política, Numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y artículo 1 de la Ley 155 de 1959.	Prácticas colusivas o que se generen conductas que restrinja la competencia.

	injustificadamente los precios de los productos o reducir su calidad; (V) Afectar negativamente el mercado como consecuencia del aumento de utilidades percibidas por los participantes coludidos. (v) Intercambiar información sensible sobre las posturas de cada oferente. (vi) Pactar o abstenerse de presentar propuestas u observaciones de los demás oferentes por actos secretos entre los mismos. (vii) Retirar las propuestas después de presentada. (viii) Presentar propuesta destinada al fracaso o que no cumplan con las exigencias (Ofertas de resguardo, simbólicas "de cortesía"[8] o con precio artificialmente bajo). (ix) Subcontratar alguno de los otros oferentes en desarrollo del proceso.		

4.3.3.- RECOMENDACIONES QUE DEBEN INCORPORARSE DE MANERA EXPRESA EN EL PLIEGO DE CONDICIONES.

De acuerdo con la posición del Consejo de Estado, y bajo el entendido de que el pliego de condiciones es la ley del contrato, se recomienda incluir los siguientes postulados:

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007, los pliegos de condiciones deberán señalar de manera expresa que la entidad estatal podrá proceder a la revocatoria del acto de adjudicación cuando este se haya obtenido por "*medios ilegales*", y que, dentro de ese ámbito, los "*actos de corrupción*" se enmarcan en la noción de "*medios ilegales*".

2. En virtud del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, el Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal podrá dar por terminado de manera anticipada el contrato, cuando (1) Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; (2) Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal o (3) Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten, para lo cual se deberá expedir el acto administrativo debidamente motivado y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre.

[8] De acuerdo con la OCDE son una fórmula que utilizan los proponentes para manipular un proceso de contratación. "Ofertas de resguardo. Las ofertas de resguardo (también llamadas complementarias, de cortesía o simbólicas) son la manera más frecuente de implementar esquemas de manipulación de licitaciones. Las ofertas de resguardo se presentan cuando personas o empresas acuerdan presentar ofertas que contemplan por lo menos un elemento de entre los siguientes: (1) un competidor acepta presentar una oferta más alta que la del ganador designado; (2) un competidor presenta una oferta que se sabe demasiado alta para ser aceptada; o (3) un competidor presenta una oferta que contiene términos especiales que se sabe son inaceptables para el comprador. La presentación de ofertas de resguardo está diseñada para aparentar una competencia genuina". Pág 76 del documento "Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia" disponible en el siguiente link: http://www.oecd.org/daf/competition/2014_fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf.

3. La necesidad para los intervinientes en la actuación contractual de observar la carga de conocimiento, esto es, determinar la calidad con la que actúa el proponente o contratista (persona natural o jurídica, nacional o extranjera), si actúa directamente o por medio de una sucursal en Colombia, si pertenece o no a un grupo empresarial, si se trata de una subsidiaria, filial o subordinada, la composición de su capital, si cotiza o no en bolsa, si es una empresa familiar, la idoneidad de sus representantes legales, entre otros aspectos).

4. La tipificación, estimación y asignación de riesgos, dentro de los cuales se destaca el de corrupción y la relación directa que existe entre éste y los riesgos financiero, legal y reputacional, en un adecuado ejercicio del deber de planeación.

5. En caso de advertir una práctica colusiva o una práctica comercial restrictiva de la competencia, el Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal procederá a la instauración de la denuncia ante la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad que investiga, corrige y sanciona estos eventos.

6. En materia de publicidad y acceso a la información, se propone que, en los pliegos de condiciones de los procesos de selección, se incorpore un acápite especial que procure el cumplimiento de la Ley 1712 de 2014, sugiriendo lo siguiente:

a. El contratista seleccionado deberá tener un sitio web y publicar en el mismo la siguiente información:

i. El contratista que resulte adjudicatario deberá publicar los estados financieros que constituya información pública;
ii. Las inversiones, los tiquetes, viáticos y gastos de desplazamiento para ejecutar sus obligaciones contractuales.
iii. Todas las normas generales y reglamentarias, políticas, lineamientos o manuales, las metas y objetivos de conformidad con los servicios que prestan que tengan relación directa con su contrato;
iv. El contratista deberá publicar la información relacionada con su Gobierno Corporativo;
v. El Contratista deberá publicar trimestralmente los reportes de peticiones, quejas y reclamos recibidas y contestadas con ocasión de su contrato;
vi. Adicionalmente, el contratista deberá implementar un sistema de gestión documental que facilite la identificación, gestión, clasificación, organización, conservación y disposición de la información pública, desde su creación hasta su disposición final, con fines de conservación permanente o eliminación, aportando así al cumplimiento de la Ley 1712 de 2014. Con ello se previenen los riesgos asociados a la pérdida de documentos, falsedades y recobros indebidos, identificados por los órganos de control.

4.3.4.- RECOMENDACIONES QUE DEBEN INCORPORARSE DE MANERA EXPRESA EN EL CONTRATO.

Continuando con las medidas recomendadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y que se acogen en la presente política, como aplicación práctica de los principios constitucionales y legales que permiten prevenir y sancionar los actos de corrupción en la contratación estatal:

1. La entidad deberá incorporar en las estipulaciones contractuales la obligación a cargo del contratista de informar periódicamente la composición del capital social de la persona jurídica; la existencia de pactos o acuerdos de accionistas; su pertenencia o no a un grupo empresarial, si se trata de una matriz, subordinada, o sucursal de sociedad extranjera, así como la información relevante de índole jurídica, comercial o financiera, de la persona jurídica o de sus representantes legales, socios o accionistas.

2. También se deberá proveer la información cuando tenga ocurrencia una situación que implique una modificación del estado de los riesgos existente al momento de proponer o de celebrar el contrato, como sería el caso de la **existencia de investigaciones, medidas de aseguramiento o condenas proferidas en Colombia o en el extranjero**.

3. En todo caso, se establecerá que, con base en las facultades de dirección y control del contrato, el Instituto a través de sus supervisores podrá requerir la información que estime necesaria en cualquier momento, y que la omisión sobre el reporte y entrega de información será constitutiva de incumplimiento grave de las obligaciones del contratista. En este sentido, se deberán pactar multas para conminar al contratista al cumplimiento de dichos deberes, en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

4. Con el fin de proteger los intereses del Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal se deberán incluir condiciones resolutorias expresas por hechos u omisiones que, aunque no estén tipificadas como causales de inhabilidad o incompatibilidad, impliquen por parte del contratista o de las personas vinculadas a él actos de corrupción u otras circunstancias de las cuales se derive el aumento considerable de los riesgos para la entidad contratante o que vulneren los principios de la contratación estatal.[9]
5. En atención al riesgo de corrupción y a aquellos que se relacionan directamente con él, como son los riesgos financiero, legal y reputacional, entre otros, se estipulará la obligación expresa del contratista de mantener cubierto el estado del riesgo durante toda la ejecución del contrato, ofreciendo las garantías que resulten suficientes a juicio de la entidad estatal contratante.

4.3.5.- EVALUACIÓN DE RIESGO DE SOCIEDADES LOCALES Y EXTRANJERAS

Ante la probabilidad de que en los procesos de selección que se aperturen concurran sociedades extranjeras, resulta importante utilizar mecanismos que permitan conocer las realidades económicas y financieras de los posibles proponentes, especialmente la inclusión en listas de financiación al terrorismo, o lavado de activos, así como los riesgos reputacionales que no son conocidos en el territorio colombiano.

Es necesario analizar el riesgo financiero, el cual se impactaría ante posibles actos de corrupción de personas jurídicas vinculadas con proponentes y contratistas.[10]

[9] Sentencia del 9 de mayo del 2012 del Consejo de Estado – Sección Tercera, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez, con radicación No.: 85001-23-31-000-2000-00198-01(20968).

[10] *"De esta manera es claro que de tiempo atrás se ha contemplado en la contratación estatal el riesgo de corrupción como previsible y, por lo mismo, las entidades contratantes deben gestionarlo en los términos del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, con mayor razón cuando dicho riesgo impacta también el riesgo financiero según ya se ha planteado, aspecto que se profundiza a continuación."*

En efecto, los Documento CONPES 3107 de 2001 y 3714 de 2011 definen los criterios y componentes del riesgo financiero y de financiación. Para tal fin, el principio de conocimiento del cliente propio del sector financiero, a juicio de esta Oficina, deberá trasladarse al escenario contractual, con el objeto de verificar que los posibles contratistas tengan la suficiencia de financiación, un riesgo *reputacional, legal o de contagio*[11] que impida o dificulte ostensiblemente el financiamiento requerido para cumplir con el objeto contractual.

4.4.- GESTIÓN DE INCAPACIDADES MÉDICAS, LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD.

En aras de atender los requerimientos generados en el trámite de reconocimiento y pago de las incapacidades por parte del sistema general de seguridad social y con el ánimo de proteger la salud, el mínimo vital de los servidores y servidoras del Instituto y en pro de calidad de vida, se constituye de gran importancia establecer algunos aspectos normativos y de procedimiento administrativo que rigen la materia y que son de obligatorio cumplimiento por todos los actores del sistema, a efectos de preservar la cultura de prevención de daño antijurídico al interior de la entidad.

4.4.1.- TRÁMITE DE INCAPACIDADES, TRANSCRIPCIÓN Y RECOBRO.

El Decreto Ley 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, señala en su artículo 12:

"***ARTICULO 12.-*** *Los habilitados, cajeros y pagadores no pueden deducir suma alguna de los sueldos de los empleados y trabajadores sin mandamiento judicial o sin orden escrita del trabajador, a menos que se trate de cuotas sindicales, de previsión social, de cooperativas o de sanción disciplinaria conforme a los reglamentos* "

Ahora bien, la Ley 100 de 1993, mediante la cual se crea el sistema de seguridad social integral en su artículo 206 en cuanto a las incapacidades se consagra lo siguiente:

"***ARTÍCULO 206. INCAPACIDADES****. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto*".

Cita el Artículo 121 del Decreto Ley 012 de 2012, por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública que:

"***ARTICULO 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD****. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a carpo del Sistema General de Sequedad Social en Salud deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la*

[11] Definidas en la Circular Básica Jurídica, Parte I. Instrucciones generales aplicables a las entidades vigiladas. Título IV Deberes y responsabilidades. Capítulo IV: instrucciones relativas a la administración del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo.

obtención de dicho reconocimiento. Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia".

Consagra el parágrafo primero del Artículo primero del Decreto 2943 de 2013, mediante el cual "*se modifica el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999* ***ARTÍCULO 1****. Modificar el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual quedará así* ***PARÁGRAFO 1°.*** *En el Sistema General de Segundad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente (…)"*

Así las cosas, la Circular 017 de 2019, expedida por el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital contempla *"5.* ***Término para solicitar el reembolso de las incapacidades****. Sea lo primero considerar que de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, quien debe adelantar el trámite para el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general es el empleador, siendo el deber del trabajador, el informarle sobre la expedición de éstas. Artículo 121 Trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS.*

En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia. 6. Incapacidad expedida por médico particular. Sobre este tema no existe normatividad alguna, sin embargo, el Ministerio de Salud y Protección Social, frente al reconocimiento de las incapacidades expedidas por médicos particulares, ha señalado lo siguiente: Al punto, debe anotarse que si una incapacidad ha sido expedida por un galeno ajeno a la EPS, será preciso que aquella se traslade al formulario oficial de la EPS y con fundamento en este procedimiento, se proceda a su reconocimiento, trámite denominado — transcripción de la incapacidad"

En otro concepto publicado en el Boletín Jurídico No 4 de 2014, la Cartera Ministerial de Salud ratificó la anterior posición al preceptuar que: *"debe señalarse que la regla general en el —SGSSS-, es que la incapacidad sea reconocida por la EPS una vez ésta es expedida por el profesional adscrito o perteneciente a la misma En este caso, si la incapacidad es concedida por una institución o profesional de la salud ajeno a la Entidad Promotora de Salud, ésta deberá ser transcrita".*

Según el referido concepto, de lo señalado por el Ministerio de Salud y Protección Social, considera el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital que pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1.- Las incapacidades expedidas por médicos particulares ajenos a la EPS deben ser transcritas.

2.- El procedimiento de transcripción será el definido por cada una de las EPS para estos fines, previa solicitud que en este sentido debe hacer de forma obligatoria el empleado.

3.- No existen fundamentos legales para que las EPS se nieguen a llevar a cabo el trámite de transcripción.

4.- Una vez transcrita la incapacidad, el reconocimiento y pago de la misma se realizará con base en la normatividad vigente.

Vale precisar que la Superintendencia Nacional de Salud, frente al trámite de transcripción estableció que: *"A través de este procedimiento, un médico de la EPS evalúa el tiempo y las razones de la incapacidad y este podrá aumentarla o reducirla, si lo ve conveniente. De esta forma, el médico de la EPS podría ratificar, reducir o aumentar los días de incapacidad que un médico ajeno a ella haya concedido, bajo el entendido que en el sistema General de Segundad Social en Salud, las incapacidades son expedidas por los profesionales de la salud que forman parte de la red prestadora de la EPS a la que se encuentre afiliado el cotizante, por lo que, siendo las EPS quienes deben reconocer en principio las incapacidades, son ellas las llamadas a expedirlas a través de sus profesionales adscritos.*

De esta forma, la transcripción debe realizarse bajo los parámetros, términos y mecanismos establecidos por la EPS y en todo caso, apoyados en el concepto de los profesionales de la salud adscritos a su red prestadora, quienes de ser preciso, establecerán la pertinencia o no de la incapacidad emitida por médicos no adscritos a la EPS, correspondiendo precisar, que de cumplirse con los requisitos establecidos por la entidad promotora de salud, se deberá proceder al reconocimiento y pago de la prestación económica por incapacidad"

De acuerdo con lo manifestado, para la Superintendencia Nacional de Salud también resulta válido que se agote el trámite de transcripción de las incapacidades otorgadas por los médicos particulares, esto con el fin de que sean reconocidas por las respectivas EPS y haya lugar al pago de las prestaciones que las mismas generen.

En el mismo sentido, no se debe perder de vista lo previsto por el Artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, mediante el cual se reforma el sistema general de seguridad social en salud;

"***PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A SOLICITAR REEMBOLSO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS****. El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador".*

El Decreto 780 de 2016, por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, contempla *"Artículo 2.7.2.2.1.3.2* ***Expedición****. El Certificado Médico será expedido por un Profesional de la Medicina, con tarjeta profesional o registro del Ministerio de Salud y Protección Social, o por un médico que se encuentre prestando el Servicio Social Obligatorio, de conformidad con lo previsto por el artículo 50 de la Ley 23 de 1981. Parágrafo. El texto del Certificado Médico será claro, preciso y deberá ceñirse estrictamente a la verdad. Su expedición irregular conllevará responsabilidad civil, penal y ética para el médico que lo expida, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia".*

El Departamento Administrativo de la Función Pública, sobre la materia ha considerado que igualmente el Ministerio de la Protección Social ha conceptuado sobre el tema lo siguiente:

"Así las cosas y expuesta la normatividad anterior, se tiene que por disposición legal las incapacidades son reconocidas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de las Entidades promotoras de Salud, razón por la cual, es claro que siendo las EPS las que deben reconocer en

principio las incapacidades, estas deben ser expedidas por los médicos dé dicha entidad o de su red prestadora.

Artículo 2.7.2.2.1.3.4 (Decreto 780 de 2016) ***Contenido del certificado médico****. El Certificado Médico en lo relativo al estado de salud, tratamiento o acto médico deberá contener como mínimo, los siguientes datos generales: a.- Lugar y fecha de expedición, b.- Persona o entidad a la cual se dirige, c.- Estado de salud del paciente, tratamiento prescrito o acto médico, d }.-Nombre e identificación del paciente, e.- Objeto y fines del certificado, f.- Nombre del Profesional de la Medicina que lo expide, g.- Número de la tarjeta profesional y registro, h.- Firma de quien lo expide.*

No obstante, lo anterior si una incapacidad ha sido expedida por un médico no autorizado para ello por la EPS, se ha consagrado la figura de la transcripción de la incapacidad, según la cual, la incapacidad expedida se traslada al formulario oficial de la EPS donde está afiliada la persona y con fundamento en esto, se procede al reconocimiento de la misma "

Ahora bien, visto lo anterior, se deben tener presente casos en los cuales el servidor público presenta incapacidad de una IPS que no hace parte de la red de la EPS a la cual se encuentra afiliado**,** como se debe tramitar la misma. Al respecto, es importante tener en cuenta lo contemplado por el Departamento del Servicio Civil Distrital en concepto No2020DEE331 del 5 de febrero de 2020, que indica:

"*Es claro que los trabajadores tienen el derecho que deviene de la Ley de que se les reconozcan prestaciones económicas derivadas de sus incapacidades, bien por parte del empleador durante los dos (2) primeros días, y por su Entidad Prestadora del Servicio de Salud, a partir del tercer (3) día de dicha incapacidad.*

No obstante es necesario reiterar que al ser en principio el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de las Entidades promotoras de Salud, quienes deben asumir dichas prestaciones, es totalmente claro y evidente que las incapacidades que las generan deben ser expedidas por los médicos dé dicha entidad o de su red prestadora, esto por cuanto es claro que dicho reconocimiento genera una erogación económica, la cual debe soportarse en el debido análisis clínico y soportado por los profesionales de la salud que formen parte de dichas EPS, máxime cuando en la Ley se prevé la responsabilidad legal que se deriva de la expedición de un certificado médico que no se ajuste a la realidad y a las exigencias de Ley.

Es claro que ante la generación de incapacidades existe un deber correlativo del trabajador y del empleador con miras al reconocimiento y reembolso de estas prestaciones ante las EPS, de un lado es deber del trabajador informar y soportar al empleador la existencia de la incapacidad, en el evento de que se trate de una incapacidad que no fue generada por la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador, es su deber coadyuvar en la debida transcripción de la misma y ante el evento de no lograr esta transcripción, debe acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud, quien es la competente de dirimir las situaciones que se presenten como consecuencia de la respuesta negativa de las EPS frente a la transcripción de las incapacidades, esto al tenor de lo contemplado en la Ley 1438 de 2011, mediante la cual se reforma el sistema general de seguridad social en salud, el cual es claro al indicar que la Superintendencia Nacional de Salud, cumple una función jurisdiccional sobre reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

Por lo tanto es claro que es un deber del empleado coadyuvar para que se cumpla con la debida transcripción de las incapacidades para el posterior recobro de las incapacidades a las EPS por parte del empleador, esto atendiendo al deber correlativo que nos incumbe a todos como parte del sistema

y más ante la responsabilidad legal que puede generarse por una indebida expedición de una incapacidad o ante un posible detrimento patrimonial para la entidad empleadora, por lo que debe acreditarse haberse realizado todas las actuaciones necesarias en el nivel de participación que a cada una de las partes de la relación les compete, esto es al trabajador y al empleador.

No obstante la inexistencia de soporte normativo que regule el tema de la transcripción de las incapacidades, al tenor de la normatividad general y del procedimiento que debe surtirse para el recobro ante las EPS, es claro que la actuación de las entidades en sus áreas competentes para dicha labor, debe ser activa y reiterada, esto con el fin de gestionar por su propia cuenta si fuere necesario las actuaciones tendientes a minimizar el riesgo de la prescripción del derecho de cobro ante los pagadores, máxime cuando igualmente existe la prohibición legal de realizar cualquier tipo de deducción o retención de los salarios de los empleados o trabajadores, sin contar con su debida autorización o bajo las previsiones que contempla la misma normatividad referida".

De lo anterior se concluye que:

1.- Corresponde por ley a las EPS asumir las prestaciones generadas por concepto de incapacidades debidamente expedidas por los médicos tratantes adscritos a dichas entidades promotoras o a su red prestadora.

2.- Existe un deber correlativo, de corresponsabilidad, entre el empleador y el empleado dirigido al reconocimiento y reembolso de las prestaciones derivadas por incapacidades ante las EPS.

3.- En los casos en que las incapacidades no hayan sido expedidas por la EPS a la cual se encuentra afiliado el trabajador, éste último tiene el deber de coadyubar, apoyar, colaborar, en la transcripción de la misma.

4.-La entidad empleadora, en este caso el IDPYBA deberá agotar todas las actuaciones encaminadas a lograr el reconocimiento de dichas incapacidades, con el objeto de prevenir afectaciones al patrimonio de la entidad, por el no pago de las mismas en la gestión de recobro. Reiterando que las gestiones para lograr el reconocimiento de las sumas pagadas por las incapacidades por parte de la entidad deben efectuarse de manera conjunta y mancomunada con el trabajador.

5.- En los eventos en que no sea posible lograr el reconocimiento de las EPS de las incapacidades pagadas, después de haberse efectuado y agotado todas las acciones y gestiones para el efecto, se deberá por parte de la **Subdirección de Gestión Corporativa en colaboración con el trabajador afiliado**, realizar la reclamación correspondiente ante la Superintendencia Nacional de Salud.

Ahora bien, en los casos en que el trabajador presente una incapacidad de una IPS que no hace parte de la red de su EPS, se debe proceder a la transcripción de la misma, adelantando las gestiones a que haya lugar tanto las relativas al trámite de la transcripción como al correspondiente recobro.

Como se anotó en precedencia, y aunado a lo expuesto para la Superintendencia Nacional de Salud *también resulta válido que se agote el trámite de transcripción de las incapacidades otorgadas por los médicos particulares, esto con el fin de que sean reconocidas por las respectivas EPS y haya lugar al pago de las prestaciones que las mismas generen.* ***En todo caso, no sobra precisar que para este caso particular, el trámite de transcripción lo debe adelantar el afiliado*** *y una vez transcrita la incapacidad, debe ser remitida al empleador para que dé inicio al trámite de recobro, si hay lugar al mismo*.

4.4.2.- LINEAMIENTOS NORMATIVOS Y DE PROCEDIMIETO PARA LA GESTIÓN DE INCAPACIDADES.

En cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 artículos 206 y 207, del artículo 40 del Decretó 1406 de julio de 1999, Circular externa 011 de 1995 de la Superintendencia Nacional de Salud, el Decreto Ley 019 de 2012 y demás legislación aplicable, todos los servidores y servidoras del Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal a quienes se les expida una incapacidad médica por enfermedad general, accidente o enfermedad laboral, licencias de maternidad, deben abstenerse de asistir al lugar y puesto de trabajo por el periodo de tiempo que haya sido autorizado o determinado el respectivo médico tratante de la correspondiente Institución Prestadora de la Salud adscritas a la respectiva Entidad Promotora de Salud o Administradora de Riesgos Laborales. Es de resaltar que las incapacidades médicas son un derecho irrenunciable, por lo tanto, prevalecen respecto de cualquier otra situación administrativa.

De conformidad con lo previsto en el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, el trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencia de maternidad o paternidad a cargo del sistema general de seguridad social en salud debe ser adelantado de manera directa por el empleador ante las Entidades Promotoras de Salud, en consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de estos reconocimientos. Dicha norma dispone también que para efectos laborales será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.

Todos los servidores y servidoras del Instituto a quiénes se les expida una incapacidad médica independiente del origen de esta están en la obligación de informar al área de talento humano de la entidad de la expedición de cualquier licencia por enfermedad maternidad o paternidad otorgada de acuerdo con los parámetros de grados por la ley.

Así mismo, deberán aportar los documentos exigidos por la Entidad Promotora de Salud o Administradora de Riesgos Laborales cómo se indica en el instructivo trámite de incapacidades código PE02-PR14-IN01 versión 2.0.

En este punto se reitera la necesidad, de allegar el certificado de incapacidad médica ya que es el único soporte legal válido para la adelantar los trámites de transcripción y pago de las prestaciones económicas que se deriven de ella. Este documento deberá ser suscrito por el médico tratante adscrito alguna la red de las instituciones afiliadas a la Entidad Promotora de Salud con la cual se tiene afiliación o suscrito por un médico particular con registro médico válido.

Para el caso particular de la incapacidad que supere los dos (2) días y hubiere sido expedida por médicos no adscritos a la Empresas Promotoras de Salud y las Administradoras de Riesgos Laborales a la cual se encuentra afiliado el servidor o servidora, y dado que para su transcripción, las Empresas Promotoras de Salud y las Administradoras de Riesgos Laborales establecen, entre otros, como requisito la copia de la historia clínica, la cual goza de reserva legal con fundamento en el artículo 34 de la Ley 23 de 1981.

El Instituto a través del personal de nómina se encargará de realizar el trámite de transcripción, con la colaboración del servidor o servidora. No obstante, en el caso de no recibir esta colaboración se le solicita al servidor o servidora realizar personalmente el trámite de transcripción de la incapacidad y allegar el certificado correspondiente a la respectiva dependencia, en atención a que no existe una

norma que regule de forma expresa la transcripción de incapacidades, en el caso antes previsto es requisito “sine qua non” para el reconocimiento de la prestación económica derivada de la incapacidad.

En el mismo sentido, es importante tener en cuenta que en los casos en que la entidad haya realizado el pago de la incapacidad y no se efectúe la transcripción de la misma por parte de la EPS, es deber de las partes de la relación (Empleado y Empleador), realizar las actuaciones necesarias y oportunas tendientes de un lado a reportar y documentar las correspondientes incapacidades al empleador, en el caso de ser necesario proceder a realizar lo necesario para que la EPS transcriba las que son generadas por médicos ajenos a la EPS, y de otro lado llevar un control y seguimiento cuidadoso de los tiempos y la oportunidad legal para este efecto, por tanto indagando sobre el estado de cada una de estas gestiones.

Así las cosas y teniendo en cuenta lo contemplado en el Artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, *"Prescripción Del Derecho A Solicitar Reembolso De Prestaciones Económicas. El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador*", es deber del empleador una vez realiza los pagos correspondientes realizar una ardua labor como se manifestó si fuere necesario directamente ante las EPS para lograr la transcripción de las incapacidades o en su defecto y ante la no actuación positiva de la EPS, acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud con miras a que esta ejerza su función jurisdiccional.

Por otro parte, frente a las Incapacidades mayores a 90 días, pero menor a 180 días, la Empresa Promotora de Salud deberá generar un concepto favorable o desfavorable de rehabilitación máximo al día 150 de incapacidad. Corresponde a las Administradoras de Fondos de Pensión o a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias.

Las incapacidades con concepto de rehabilitación, para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el funcionario.

Frente a las incapacidades sin emisión de concepto de rehabilitación, las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir concepto de rehabilitación antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el funcionario a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iníciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

En caso de no haberse emitido concepto el día ciento ochenta y uno (181), el servidor o servidora y el área de talento humano de la Subdirección de Gestión Corporativa deben solicitar a la EPS o la AFP en donde esté afiliado la práctica del examen de pérdida de capacidad laboral y la calificación del grado

de invalidez, para ello se encargará de hacer un seguimiento a los trámites para la práctica del examen de pérdida de capacidad laboral y la calificación del grado de invalidez. En caso de que el funcionario presente una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, se causará en su favor la pensión de invalidez, siempre y cuando cumpla con los demás requisitos legales. Si, por el contrario, el dictamen de pérdida de capacidad laboral arroja que el funcionario presenta una incapacidad inferior al 50%, y se siguen prescribiendo incapacidades laborales por el médico tratante, le corresponderá al fondo de pensiones seguir pagándolas, por 360 días adicionales, siempre que exista concepto favorable de rehabilitación o hasta que éste se emita, o se pueda efectuar una nueva calificación de su invalidez.

En cualquiera de los dos eventos descritos, se deberá mantener el vínculo jurídico laboral con el funcionario, y a continuar con el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social, conforme con lo que establezca el concepto sobre su rehabilitación. A partir del día 181, la Administradora del Fondo de Pensiones, será la encargada del reconocimiento del auxilio por enfermedad, hasta tanto se presente una de las siguientes condiciones:

I. Sea incluido en nómina de pensionados
II. Se cancele la indemnización en caso de que procediera
III. Se tenga en firme la calificación del grado de invalidez

De igual manera, las incapacidades se deben registrar y reportar en el mismo mes de su ocurrencia, ya que las ausencias a laborar afectan al aporte mensual a riesgos laborales por cada funcionario según sea su situación particular por lo tanto las incapacidades deberán ser remitidas al correo electrónico del funcionario técnico administrativo o quien haga sus veces de la Subdirección de Gestión Corporativa Talento Humano con copia al jefe inmediato, y al correo del funcionario profesional especializado o quien haga sus veces de la Subdirección de Gestión Corporativa - Talento Humano el mismo día de su expedición y el original deberá ser radicado en correspondencia (atención al ciudadano) dentro de los cinco días hábiles siguientes al inicio de la incapacidad o licencia.

Se resalta que la incapacidad médica y la presentación de los documentos según las formalidades establecidas por las Empresas Promotoras de Salud y las Administradoras de Riesgos Laborales, es el único soporte valido para i) justificar la ausencia laboral y ii) realizar la gestión del cobro de las prestaciones económicas al Sistema General de Seguridad Social en Salud derivada de la incapacidad, con el fin de garantizar el pago de dichos valores por nómina por los días que el servidor o servidora esté incapacitado.

Finalmente, no se debe perder de vista otro aspecto de relevancia en el tema de incapacidades y es el relativo a la depuración contable de cartera por aquellas no reconocidas por las EPS. Al respecto, es necesario precisar que desde el punto de vista legal y teniendo en cuenta la responsabilidad que puede devenir de la no recuperación de estos valores, es necesario que esté debidamente acreditada y soportada la gestión realizada para lograr el recobro efectivo ante la EPS. Es importante que tengan en cuenta las previsiones y disposiciones contenidas en la Resolución DDC-00003 de 5 de diciembre de 2018, expedida por la Contadora General de Bogotá, mediante la cual se establecen lineamientos para la sostenibilidad del sistema contable público Distrital; donde se señala la existencia de un Comité Técnico de Sostenibilidad Contable, que tiene entre sus funciones la depuración de valores, con base en la gestión administrativa, técnica y jurídica realizada, en concordancia con los soportes documentales que la administración considere idóneos.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta especialmente lo previsto en el Artículo 4º de la mencionada Resolución, el cual se refiere a la depuración ordinaria y extraordinaria de saldos contables, en

cualquier caso toda decisión y más cuando lleva inmersa la existencia de recursos públicos, debe soportarse y acreditarse con el cumplimiento de las respectivas gestiones previas, que soportan que no queda otra medida que adoptar a la entidad que la de castigar o la imposibilidad de realizar recuperación de cartera, pero se reitera con el requisito sine qua non, del agotamiento de las gestiones contempladas en la Ley.

Finalmente, se deben tener en cuenta los lineamientos aquí contenidos y especialmente en lo dispuesto en el instructivo trámite de incapacidades código PE02-PR14-IN01 versión 2.0 del Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal, en aras de optimizar la gestión administrativa, generar mecanismos para mejorar las condiciones de salud de los servidores y servidoras, y el adecuado manejo de los recursos del Distrito.

4.5.- ALCANCE Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DENOMINADO ESTABILIDAD REFORZADA.

El trabajo, en todas sus modalidades, está protegido constitucionalmente y se reconoce su carácter de derecho fundamental, por lo cual debe estar dotado de una serie de principios para tener la condición de ser digno y justo. Uno de ellos es la estabilidad en el empleo, a partir de allí se han abordado diferentes problemáticas unas relativas a fijar su alcance en relaciones entre particulares, o entre servidores públicos y otras en las que se ha analizado qué sucede cuando el retiro de un empleo se produce por causas discriminatorias.

La Ley 361 de 1997 introdujo en su artículo 26: *En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar.* Así determinó que la terminación de una relación laboral de una persona que tuviera afectaciones en su salud debía contar con la autorización, esto es quien debe evaluar si el retiro se encuentra o no justificado por razones objetivas.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que la estabilidad laboral por razones de salud no deriva exclusivamente de aquella sino que encuentra su amparo, *en otros derechos y principios fundamentales como la estabilidad en el empleo (Art. 53, CP); el derecho de las personas que se encuentren en situaciones de debilidad manifiesta a ser protegidas en aras de hacer efectiva la igualdad real (Arts. 13 y 93, CP), el trabajo, en todas sus modalidades y en condiciones dignas y justas que esta también ligado a contar con un mínimo vital para satisfacer las propias necesidades humanas (Arts. 25 y 53, CP), en el deber del Estado de adelantar políticas de integración social de las personas con capacidades diversas (Art. 47, CP) y en uno transversal a todas las relaciones sociales, el de la solidaridad (Arts. 1, 48 y 95, CP).*

En esta misma línea, en la Sentencia SU 087 de 2022 se advierten cuatro conclusiones sobre la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que son:

I. La norma se aplica a todas las personas en situación de discapacidad, sin que esto implique agravar las condiciones de acceso a los beneficios que traía la Ley en su versión original, que utilizaba la expresión personas con "*limitación*" o "*limitadas*";

II. Se extiende a todas las personas en situación de discapacidad, así entendida, "*sin entrar a determinar ni el tipo de limitación que se padezca, ni el grado o nivel de dicha limitación*";

III. Para exigir la extensión de los beneficios contemplados en la Ley es útil, pero no necesario, contar con un carné de seguridad social que indique el grado de pérdida de capacidad laboral; y

IV. "*No es la Ley expedida en democracia la que determina cuándo una pérdida de capacidad es moderada, severa o profunda, pues esta es una regulación reglamentaria.*"

Por lo anterior, la Corte ha establecido un listado que permite determinar si una persona es beneficiaria o no de la garantía de estabilidad laboral reforzada, como se muestra a continuación:

SUPUESTO	EVENTOS QUE PERMITEN ACREDITARLO
Condición de salud que impide significativamente el normal desempeño laboral	a) En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad o al momento del despido existen recomendaciones médicas o se presentó incapacidad médica durante días antes del despido. (b) Existe incapacidad médica de varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral. (c) Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico. (d) Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada por un accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas anteriores a la fecha de terminación de la vinculación, y la calificación de PCL tiene lugar antes del despido.
Afectación psicológica o psiquiátrica que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) El estrés laboral genere quebrantos de salud física y mental. (b) Al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encuentre en tratamiento médico y presente diferentes incapacidades, y recomendaciones laborales. Cuando, además, el accionante informe al empleador, antes del despido, que su bajo rendimiento se debe a la condición de salud, y que después de la terminación de la vinculación continúe la enfermedad. (c) El estrés laboral cause quebrantos de salud física y mental y, además, se cuente con un porcentaje de PCL
Inexistencia de una condición de salud que impida	a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0%. (b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un

significativamente el normal desempeño laboral.	antecedente médico, pero no a un tratamiento médico en sentido estricto.

Obtenido de la Sentencia de Unificación 061 de 2023

Por otra parte, en relación con el fuero de maternidad, esta misma Corporación en Sentencia T-329 de 2022 sostuvo que la estabilidad ocupacional reforzada de la mujer en estado de embarazo opera con independencia de la alternativa de trabajo a través de la cual se encuentre vinculada. La protección de la mujer durante el embarazo y la lactancia se deriva de diferentes disposiciones constitucionales como los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución que establecen un mandato de especial protección para la mujer durante el embarazo y después del parto, y una prohibición general de discriminación.

Así mismo, diversos instrumentos internacionales, que integran el bloque de constitucionalidad, establecen la obligación del Estado de proteger a la mujer embarazada en el ámbito laboral, como por ejemplo el artículo 10.2 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio No. 3 de la OIT y el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En Sentencia SU-070 de 2013 se establecen las reglas aplicables a las diferentes modalidades de vinculación, sea laboral, civil o de otro tipo y estableció que la protección derivada del fuero de maternidad es aplicable a todas las trabajadoras sin importar la relación laboral o la modalidad de contrato que las cobije. En este sentido la Corte precisó que el tipo o nivel de protección dependerá de dos elementos*: (i) el conocimiento del empleador respecto del estado de embarazo de la empleada o contratista, y (ii) la modalidad de vinculación que tenga la mujer embarazada al momento del despido o terminación del contrato.*

Así mismo, la citada sentencia menciona dos presunciones:

> *En primer lugar, indicó que existe una presunción de rango legal, que establece el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, según la cual se presume que el despido de una mujer embarazada o en estado de lactancia tuvo como motivo estas condiciones. En segundo lugar, la Sentencia SU-070 de 2013 señaló que en los contratos a término fijo y en los de prestación o de obra, en los que no se renueva el contrato a la mujer embarazada y el empleador o contratante no demuestra que ha desaparecido la necesidad del servicio (o el objeto del contrato o de la obra, según el caso) se asume que la falta de renovación del vínculo se dio por razón del embarazo.*

Por lo anterior, la jurisprudencia constitucional, unificada en las sentencias SU-070 de 2013 y SU-075 de 2018, reglas específicas aplicables a cada modalidad de vinculación laboral y reconoció que esta protección procede con independencia de la alternativa de trabajo a la cual esté vinculada la mujer embarazada, como se señala a continuación.

Modalidad	Reglas en la Sentencia SU-070 de 2013		Reglas en la Sentencia SU-075 de 2018
	Conocimiento del empleador sobre el embarazo	Falta de conocimiento del empleador sobre el embarazo	

Contrato a término indefinido	Protección integral. Se debe ordenar el reintegro y el pago de las erogaciones dejadas de percibir en los términos del artículo 239 del C.S.T.	Si el empleador adujo justa causa, hay lugar a una protección débil. Se debe ordenar el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. Si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva, el empleador deberá pagar la totalidad de la licencia de maternidad.	Si el empleador conoce del estado de gestación de la trabajadora, se mantiene la regla prevista en la Sentencia SU-070 de 2013. Se debe ordenar el reintegro y el pago de las erogaciones dejadas de percibir en los términos del artículo 239 del C.S.T.
		Si el empleador no adujo justa causa, hay lugar a una protección intermedia. Se debe ordenar el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. Si el embarazo ya terminó, como medida sustitutiva, el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad. El reintegro procederá sólo cuando se demuestre que las causas del contrato laboral no desaparecen. Si no resulta posible el reintegro, el empleador deberá cancelar los salarios y prestaciones dejadas de pagar.	Si existe duda sobre si el empleador conoce el estado de gestación de la trabajadora, opera la presunción de despido por razón del embarazo consagrada en el artículo 239 del CST. No obstante, se debe garantizar el derecho de defensa del empleador, pues no hay lugar a responsabilidad objetiva. Cuando el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada.
Contrato a término fijo	Si la desvinculación ocurre antes del vencimiento del plazo pactado y el empleador no acudió al inspector del trabajo, tiene lugar una protección integral. Se debe ordenar el reintegro y el	Si la desvinculación ocurre antes del vencimiento del contrato y no se adujo justa causa, tiene lugar una protección intermedia. Se debe ordenar, como mínimo, el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, el reintegro sólo procederá cuando se demuestre que las causas del contrato	Si el empleador conoce del estado de gestación de la trabajadora, pueden presentarse dos situaciones: (a) que la desvinculación ocurra antes de la terminación de la obra o labor contratada sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero de maternidad. (b) Que la desvinculación ocurra al vencimiento del contrato y se alegue como una justa causa la terminación de la obra o labor contratada. En este

	pago de las erogaciones dejadas de percibir en los términos del artículo 239 del C.S.T.	laboral no desaparecen. Si no resulta posible el reintegro, puede ordenar el pago de indemnizaciones por despido sin justa causa.	caso el empleador debe acudir antes de la terminación de la obra ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. En caso afirmativo, el empleador deberá extender el contrato por lo menos durante el periodo del embarazo y las 18 semanas posteriores. Si dicho funcionario establece que no subsisten las causas del contrato, se podrá dar por terminado el contrato y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad.
	Si la desvinculación ocurre una vez vencido el contrato y se alega como justa causa dicha circunstancia, debe acudirse al inspector del trabajo. En este caso, tiene lugar una protección intermedia.	Si la desvinculación ocurre antes del vencimiento del contrato y se alega una justa causa distinta al cumplimiento del plazo pactado, tiene lugar una protección débil. Se debe ordenar el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad.	Si el empleador no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación y la renovación procede si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen. Si se desconoce la regla de acudir al inspector de trabajo, el empleador puede ser sancionado con el pago de los 60 días de salario previsto en el artículo 239 del C.S.T.
		Si la desvinculación ocurre una vez vencido el contrato y se alega como justa causa dicha circunstancia, tiene lugar una protección intermedia. Se debe ordenar, como mínimo, el	Si existe duda sobre si el empleador conoce el estado de gestación, opera la presunción de despido por razón del embarazo consagrada en el artículo 239 del CST. En todo caso se debe garantizar el derecho de defensa del empleador, pues no hay lugar a responsabilidad objetiva.

		pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad. El reintegro sólo procederá cuando se demuestre que las causas del contrato laboral no desaparecen. Tampoco se reconoce el pago de salarios dejados de percibir, porque se entiende que el contrato pactado ya había terminado.	Si el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada
Contrato por obra o labor	Si la desvinculación ocurre <u>antes de la terminación de la obra o labor contratada</u> y el empleador no acudió al inspector del trabajo, tiene lugar una protección integral. Se debe ordenar el reintegro y el pago de las erogaciones dejadas de percibir en los términos del artículo 239 del C.S.T.	Si la desvinculación ocurre antes de la terminación de la obra <u>y no se adujo justa causa</u>, tiene lugar una protección intermedia. Se debe ordenar, como mínimo, el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad. El reintegro sólo procederá cuando se demuestre que las causas del contrato laboral no desaparecen.	Si el empleador conoce del estado de gestación de la trabajadora, pueden presentarse dos situaciones: (a) que la desvinculación ocurra antes del vencimiento de la terminación de la obra o labor contratada sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación. (b) Que la desvinculación ocurra al vencimiento del contrato y se alegue como una justa causa la terminación de la obra o labor: el empleador debe acudir antes de la terminación de la obra ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que originaron la relación laboral. En caso afirmativo, deberá extender el contrato por lo menos durante el periodo del embarazo y las 18 semanas posteriores. Si el funcionario establece que no

			subsisten las causas que originaron el vínculo, se podrá dar por terminado el contrato y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad.
	Si la desvinculación ocurre una vez vencido el contrato y se alega como justa causa dicha circunstancia, debe acudirse al inspector del trabajo. En este caso, tiene lugar una protección intermedia.	Si la desvinculación ocurre antes de la terminación de la obra y se alega una justa causa distinta a la culminación de la labor pactada, tiene lugar una protección débil. Se debe ordenar el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad.	Si el empleador no acude ante el inspector del trabajo, habrá lugar al reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación y la renovación será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen. Si se desconoce la regla de acudir al inspector de trabajo, empleador puede ser sancionado con el pago de los 60 días de salario previsto en el artículo 239 del C.S.T.
		Si la desvinculación ocurre una vez culminada la obra y se alega dicha circunstancia como justa causa tiene lugar una protección intermedia. Se debe ordenar, como mínimo, el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad. El reintegro sólo procederá cuando se demuestre que las causas del contrato laboral no desaparecen.	Si existe duda sobre si el empleador conoce el estado de gestación, opera la presunción de despido por razón del embarazo consagrada en el artículo 239 del CST. En todo caso se debe garantizar el derecho de defensa del empleador, pues no hay lugar a responsabilidad objetiva.
			Si el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada.

Obtenido de la sentencia T-329 de 2022

El principio de estabilidad laboral reforzada ha sido extendido a diferentes vinculaciones, constituyéndose como una protección que cobija más allá de los contratos laborales y reconociendo este principio a los contratistas denominándose estabilidad ocupacional reforzada. La estabilidad ocupacional reforzada tiene arraigo constitucional directo y aplica a quienes estén en condiciones de

debilidad manifiesta, incluso si no cuentan con una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.

Desde la sentencia T-1210 de 2008 la Corte ha sostenido que *aún en el seno del contrato de prestación de servicios, puede predicarse ciertas garantías de la que gozan las relaciones laborales, al cobrar importancia los principios de estabilidad laboral a ciertos sujetos*. Luego esta posición se ha reiterado en distintas ocasiones, en las sentencias T-490 de 2010, T-988 de 2012, T-144 de 2014 y T-310 de 2015. En la sentencia T-040 de 2016, la Sala Tercera de Revisión de la Corte señalo que *la estabilidad laboral reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud aplica a todas las alternativas productivas, incluyendo al contrato de prestación de servicios*. En la jurisprudencia constitucional parece no haber desacuerdo en torno a que, procede la ineficacia de la desvinculación y por consiguiente, la renovación del contrato de prestación de servicios en condiciones aceptables.

En consecuencia, es de señalar la necesidad de llevar a cabo un análisis antes de finalizar los contratos de prestación de servicios, especialmente en casos donde se evidencie que el contratista pueda estar en una situación jurisprudencialmente catalogada como de vulnerabilidad. Esto implica una evaluación detallada de las causas de terminación y, en algunos casos, la obligación de demostrar que el servicio contratado finalizó, por lo cual no existe manera de continuidad del objeto contractual. Es importante realizar auditorías periódicas a los contratos de prestación de servicios para identificar y corregir posibles incumplimientos y capacitar a los equipos sobre las particularidades de la estabilidad ocupacional reforzada.

Finalmente, se advierte a los colaboradores de la entidad que la incursión por acción u omisión en alguna conducta señalada en la ley 1952 de 2019 modificada por la ley 2094 de 2021 *"Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario"* y la incursión en los mismos términos por acción u omisión en la ley 610 de 2000 "por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías" generan responsabilidad disciplinaria y fiscal, las cuales pueden conllevar a sanciones que se establecen desde la inhabilidad general y suspensión en el ejercicio de funciones públicas, hasta multas pecuniarias según sea determinado por las autoridades competentes.