



Bogotá D.C, jueves 04 de marzo de 2021

CIRCULAR N°1 OAJ

(marzo 4 de 2021)

PARA: DIRECTORA GENERAL, SUBDIRECTORES, JEFE OFICINA ASESORA DE PLANEACIÓN Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, ASESORA DE COMUNICACIONES, ASESOR DE CONTROL INTERNO, GERENTE, DEMÁS FUNCIONARIOS Y CONTRATISTAS.

DE: JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

ASUNTO: SOBRE LA PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURIDICO.

Mediante la presente circular, en atención a la Resolución No. 2071 de 30 de diciembre de 2019, *“Por medio de la cual se adopta la Política de Prevención del Daño Antijuridico en el Instituto Distrital de las Artes - Idartes”*, en cumplimiento de las funciones asignadas a esta dependencia y las recomendaciones emitidas por el área de Control Interno de la entidad, sobre *“Recomendación documentación mayor número de riesgos de corrupción”*, se efectúan las siguientes precisiones y recomendaciones::

1. En la entidad no es posible que haya personal al servicio de la misma, si no cuenta con contrato vigente, por lo tanto, ninguna actividad por ellos realizada puede ser validada por ordenadores del gasto o supervisores de contrato.
2. Según el punto anterior ningún excontratista o exfuncionario puede realizar actividades de ninguna clase para o en nombre de la entidad y en consecuencia quien haya finalizado su vínculo legal o reglamentario o contractual con la entidad, no puede continuar haciendo uso ni tener acceso a los correos institucionales, ni a Orfeo, Pandora, software de contratación, y a SECOP II con usuario asignado por la entidad.
3. En este entendido, no se les podrá asignar tareas, ni actividades de ninguna índole, mientras no haya un vínculo vigente con la entidad, so pretexto de que serán vinculados.



Las anteriores conductas, además de generar para el funcionario que autoriza tales situaciones, conductas que pueden ser objeto de investigación y sanción a la luz de la normativa en materia disciplinaria, puede generar otras circunstancias que conlleven sanciones por el incumplimiento de las disposiciones en materia laboral y contractual, así como la materialización de hechos que generen para los funcionarios de la entidad situaciones que conlleven daño antijurídico, entendido este como lo refieren las Jurisprudencias del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, como la que se cita a continuación :¹

“...Así, en múltiples oportunidades ese tribunal 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 antijuricidad 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"

“...Desde el punto de vista sistemático, la Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización...”

Ahora bien, también se pueden dar situaciones como la del hecho cumplido en materia de contratación estatal, donde las conductas pueden dar lugar a figuras como **“El hecho cumplido en materia de contratación estatal”**, que se entiende como aquellos negocios jurídicos materializados y que pueden generar obligaciones o erogaciones que afecten recursos públicos, sin que previamente hayan cumplido como corresponde con las apropiaciones presupuestales para tal efecto.

¹<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-333-96.htm#:~:text=As%C3%AD%2C%20en%20m%C3%BAltiples%20oportunidades%20ese,del%20da%C3%B1o%20al%20da%C3%B1o%20mismo%22.>



Los **hechos cumplidos se configuran:** **a)** Cuando se adquieren obligaciones sin que medie soporte legal que los respalde, **b)** Cuando existiendo un contrato, se inicia la ejecución sin que se cumplieran los requisitos necesarios para que proceda (Póliza aprobada, Registro presupuestal) y **c)** Cuando en la ejecución de un contrato se adicionan bienes o servicios no contemplado en el contrato.

A manera de ejemplo:

- Celebración y suscripción de contratos estatales sin contar con el compromiso presupuestal - CDP- CRP.
- Ejecución de actividades sin contrato.
- Adiciones, Prorrogas de contratos estatales, que no cuenten con el compromiso presupuestal que soporten su posterior pago - CDP- CRP.
- Ejecución del contratista de mayores cantidades de obras o en general, de mayor ejecución a la pactada inicialmente en el contrato con autorización de la administración, que impliquen erogaciones adicionales sin contar con los compromisos presupuestales correspondientes - CDP- CRP.

De igual manera, pueden dar lugar a la figura del “**contrato realidad**”, que es aquel que resulta de una relación contractual civil o comercial que el juez declara como una relación laboral, en vista que encuentra configurados los elementos de una relación laboral independientemente de la denominación que las partes hayan dado al **contrato, o por ausencia de contrato**, entre otras (ver matriz en Política de prevención de daño antijurídico de la entidad).

Tales circunstancias pueden exponer a la entidad a demandas en su contra y acciones de repetición contra sus funcionarios, entre otras, que podrían derivar en acciones del orden disciplinario.

4. En consonancia con lo anterior, la supervisión debe dar inicio al contrato en la Plataforma Transaccional SECOP II, una vez se haya cumplido con los requisitos para su legalización (Pólizas aprobadas, Certificado de Registro presupuestal y Afiliación a ARL) **y no antes**, con su acta de inicio debidamente suscrita por las partes (Ordenador (a) del Gasto respectivo (contratante), el (la) contratista y el (la) supervisor (a), que se deberá remitir para publicación por parte del personal de la OAJ.



5. Tener presente, que toda persona **que reciba ingresos a través de un contrato de prestación de servicios, está en la obligación de pagar su salud, pensión y riesgos laborales** sobre un Ingreso Base de Cotización (IBC) que será en todos los casos **mínimo del 40% del valor que recibe mensualmente por honorarios.** Esta información debe ser corroborada y verificada por la supervisión, en cada caso. __

La ley 1955 de 2019 en su artículo 244, señala que todo trabajador independiente que obtenga ingresos netos mensuales iguales o superiores a un salario mínimo debe cotizar a seguridad social sobre el **40% de los ingresos mensuales.**

«INGRESO BASE DE COTIZACIÓN -IBC DE LOS INDEPENDIENTES. Los trabajadores independientes con ingresos netos iguales o superiores a 1 salario mínimo legal mensual vigente que celebren contratos de prestación de servicios personales, cotizarán mes vencido al Sistema de Seguridad Social Integral, sobre una base mínima del 40% del valor mensualizado del contrato, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

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

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

En el caso del contrato por prestación de servicios en el que no se requieren insumos ni subcontratar personal, el ingreso base de cotización es el 40% sobre el valor de los ingresos mensuales.

En todo caso se debe verificar que, si le antecedió un vínculo contractual con la entidad, para la celebración de un nuevo contrato, que haya cumplido con el pago sobre el 40% del valor de sus honorarios percibidos en dicho periodo y en todo caso respecto del valor total del contrato que le antecede deberán verificar y dejar



constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas, si no ha transcurrido más de un mes desde que este terminó.

Se recomienda que si la persona, no ha tenido contratos con el estado antes de la celebración del contrato con la entidad, debe acreditar que está al día en el pago de su seguridad social, presentando su planilla con el pago sobre el 40% del salario mínimo, cuando menos del mes inmediatamente anterior a la celebración del contrato y adjunte el formulario donde reporte dicha novedad a su respectiva EPS.

El artículo 50 de la Ley 789 de 2002, señala que ***“la celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las cajas de compensación familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las entidades públicas al momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.”*** (Sin negrillas).

El artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 *“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre contratación con recursos públicos”*, estableció:

“ARTÍCULO 23. DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. El inciso segundo y el parágrafo 1o del artículo 41 de la Ley 80 quedarán así:

“Artículo 41 (...)

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

PARÁGRAFO 1o. *El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo, deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal.*

El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se



refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.” (Sin negrillas)

El Artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 en su Artículo 3º, señala taxativamente quienes son **cotizantes obligatorios** en el Sistema de Seguridad Social en Pensión:

*“1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las **personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes** y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.*

Parágrafo 1º. En el caso de los trabajadores independientes se aplicarán los siguientes principios:

a) El ingreso base de cotización no podrá ser inferior al salario mínimo y deberá guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado. De tal manera que aquellos que posean capacidad económica suficiente, efectúen los aportes de solidaridad previstos en esta ley; ...” (Sin negrillas).

El artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, establece:

“ARTÍCULO 17. OBLIGATORIEDAD DE LAS COTIZACIONES. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> **Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen. (...)**” (Sin negrillas, ni subrayado)

Así mismo, se debe tener en cuenta, cuando un contratista tiene ingresos por diferentes contratos, lo señalado en la Ley 100 de 1993, en su artículo 18, modificado por el artículo 5, de la Ley 797 de 2003, así:



“ARTÍCULO 18. BASE DE COTIZACIÓN. <Inciso 4. y párrafos modificados por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003. (...)

PARÁGRAFO 1. *En aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, o ingresos como trabajador **independiente o por prestación de servicios como contratista, en un mismo período de tiempo, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario, o ingreso devengado de cada uno de ellos, y estas se acumularán** para todos los efectos de esta ley sin exceder el tope legal. Para estos efectos, será necesario que las cotizaciones al sistema de salud se hagan sobre la misma base. (Sin negrillas ni subrayado)*

6. Cada contratista deberá subir en la Plataforma Transaccional SECOP II, en cada periodo, sus informes de pago, que den cuenta de la ejecución contractual, lo que deberá ser verificado por la supervisión, como deberá ser verificado que su objeto, obligaciones y productos correspondan al mismo y no a otro contrato. Su inobservancia podrá ser casual de incumplimiento por el contratista y por el supervisor a sus deberes y obligaciones.
7. Atender en la recolección de información y documentos de las personas que van a contratar con la entidad, las Políticas de Tratamiento de Datos Personales adoptada en la entidad mediante resolución No-----, y diligenciar diligentemente los formatos que se requieran en cada caso, propendiendo dar un tratamiento adecuado a la misma. Quienes recopilen esta información deberán atender su reserva y solo utilizarlos para los fines requeridos, so pena de incurrir en sanciones disciplinarias, entre otras, como atender en tiempo las solicitudes que en tal sentido se formulen, de acuerdo las disposiciones legales vigentes que rigen la materia, como la Ley 1755 de 2015 y demás normas concordantes.
8. Se recomienda muy respetuosamente, abstenerse de dar o prometer al servidor público o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o solicitarlos; Aprobar o celebrar un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades o sin él lleno de los requisitos legales; Constituirse en acreedor o deudor de alguna persona interesada directa o indirectamente en los asuntos a su cargo, de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o de su cónyuge o compañero o compañera permanente. Proporcionar dato inexacto o presentar documentos ideológicamente falsos u omitir información que



tenga incidencia en su vinculación, Ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o por cuantía superior a la legal, Asumir obligaciones o compromisos de pago que superen la cuantía de los montos aprobados en el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC). Ejercer cualquier clase de coacción sobre servidores públicos o sobre particulares que ejerzan funciones públicas, a fin de conseguir provecho personal o para terceros, o para que proceda en determinado sentido. Nombrar o elegir, para el desempeño de cargos públicos, personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión a sabiendas de tal situación. Denunciar a los servidores públicos y particulares que soliciten dadivas, prebendas o cualquier beneficio en perjuicio de la transparencia del servicio público.

Finalmente, y en aras de evitar situaciones en la ejecución contractual que puedan afectar su ejecución cuando se trata de cesiones de contrato es muy importante tener en cuenta lo que ha solicitado la Subdirección Administrativa Financiera con ocasión de los cambios que se han suscitado con la implementación del BogData y es lo siguiente:

- Ya no se anularán registros presupuestales cuando se tramite una cesión de contrato, como se había indicado hace un par de meses.
- Se requiere que en el acta de reunión y en la solicitud de la cesión se cite la siguiente información:
 - a. Número del registro presupuestal del contrato que se cede.
 - b. Número interno SAP del Registro Presupuestal (este número lo maneja presupuesto).
 - c. Número BP Beneficiario (número que arroja SAP al crear el tercero-Cesionario).
 - d. Importe – dato del saldo de registro presupuestal que corresponde a la cesión.
 - e. Fecha exacta desde cuando aplica la cesión.
 - f. En el trámite de cesión se debe allegar el RUT del cesionario.

Cualquier inquietud sobre el particular esta dependencia estará presta a absolverla, además de solicitar que la presente sea descienda a sus equipos.

Cordialmente,



SANDRA MARGOTH VÉLEZ ABELLO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Documento 20211100063983 firmado electrónicamente por:

SANDRA MARGOTH VELEZ ABELLO, Jefe Oficina Asesora Jurídica, Oficina Asesora
Jurídica, Fecha firma: 04-03-2021 19:00:22



163509a396ed4e5429b5960f6a18ed318824df9651ac6015d8f20d2fa03306da