

CONCEPTO 153232 DE 2014

(julio 17)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Bogotá D.C

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Incapacidad de contratistas por prestación de servicios.

Procedemos a dar respuesta a su consulta radicada No. 8-2014-030002 en los siguientes términos:

Objeto de la consulta:

Previas consideraciones sobre la reglamentación de los contratos de prestación de servicios, la afiliación de los contratistas al Sistema de Seguridad Social y las obligaciones que en esta materia tiene la Entidad, se consulta:

1. ¿ Es procedente la suspensión unilateral del contrato de prestación de servicios cuando el contratista se encuentra incapacitado por una enfermedad de origen común, una enfermedad profesional o por licencia de maternidad, teniendo en cuenta que algunas veces los contratistas o no piden la suspensión o la solicitan por un periodo inferior al de la incapacidad o licencia, es decir que de accederse a lo solicitando por ellos se ejecutaría una parte del contrato estando la persona incapacitada o en licencia?
2. ¿De ser procedente la suspensión unilateral, desde qué momento se efectuaría?
3. ¿Debería incluirse en lo sucesivo en la minuta contractual dicha causal de suspensión?

Concepto Jurídico

Es pertinente precisar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

Respecto al caso consultado, los contratistas, a diferencia de los funcionarios vinculados por una relación laboral, sea esta un contrato de trabajo o una relación legal y reglamentaria (nombramiento), no tienen subordinación alguna con la entidad contratante, por tanto, en la ejecución del contrato de prestación de servicios, está sujeto únicamente al cumplimiento del objeto contratado, en los términos contratados y con completa autonomía técnica y administrativa y aquellas obligaciones accesorias derivadas del contrato tales como constitución de pólizas, afiliación a la seguridad social, pago de los aportes parafiscales, etcétera.

Hecha esta precisión y en concordancia con lo expuesto en otras oportunidades por esta Coordinación, respondemos en los siguientes términos:

Al primer interrogante:

“¿Es procedente la suspensión unilateral del contrato de prestación de servicios cuando el contratista se encuentra incapacitado por una enfermedad de origen común, una enfermedad profesional o por licencia de maternidad, teniendo en cuenta que algunas veces los contratistas o no piden la suspensión o la solicitan por un periodo inferior al de la incapacidad o licencia, es decir que de accederse a lo solicitando por ellos se ejecutaría una parte del contrato estando la persona incapacitada o en licencia?”

No es procedente. Retomando parte de un pronunciamiento ya dado, hacemos la transcripción correspondiente sobre normatividad aplicable, pronunciamiento jurisprudencial y lo ya dicho por este Despacho:

“Se debe tener en cuenta la siguiente normatividad:

Ley [80](#) de 1993.

“**Artículo 32.** De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

3o. Contrato de prestación de servicios.

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” (Subrayados fuera de texto)

Por su parte el Decreto 1510 de 2013, en el artículo [81](#) señala al respecto:

“**Artículo 81. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.** Las entidades estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la entidad estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la entidad estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La entidad estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos.”

De la normatividad transcrita, podemos concluir que el Contrato de Prestación de servicios profesionales, se celebra por las entidades estatales con personas naturales con el fin de desarrollar actividades de las mismas, cuando no sea posible llevarlas a cabo con el personal de planta o cuando se requieran conocimientos especializados. Este tipo de vinculación no genera relación laboral ni prestacional, con la contratante.

Ahora bien, según el artículo [3](#) de la Ley 80 de 1993, la intención de celebrar los contratos y su ejecución, es la de dar cumplimiento a los fines estatales, 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.

Así mismo, los numerales 1, 2 y 5° del artículo [26](#) ídem, referido al principio de responsabilidad, consagran:

“1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

(...)

5o. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal (...).”

Asimismo, el artículo [5](#) ídem en su numeral 2° y 3° “De los derechos y deberes de los contratistas” señala que para la realización de los fines estipulados en el artículo [3](#), los contratistas 2. “Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramiento que pudieran presentarse”,

3. “Podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados del contrato y la sanción para quienes los desconozcan o vulneren”.

De lo anterior se colige, la obligación de las entidades estatales que contratan los servicios de una persona natural mediante la modalidad de prestación de servicios profesionales, de vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y de proteger los derechos de la entidad y del contratista

Igualmente el artículo [14](#) de la Ley 80 de 1993 señala que para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato podrán incorporar cláusulas excepcionales, a saber, las de interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral, “de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión”.

La misma disposición establece que las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los

contratos de prestación de servicios, teniendo en cuenta que de acuerdo con el parágrafo de la citada norma, sólo se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales, “En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, (...)”.

De lo expuesto es viable concluir que la suspensión del contrato no es una cláusula excepcional de las contempladas en la Ley [80](#) de 1993.

No obstante lo anterior el artículo 32 de la Ley 890 de 1993, ha definido los contratos estatales:

“todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”.

Así, en ejercicio de la autonomía de las partes contratantes, las mismas podrán pactar la suspensión del contrato de prestación de servicios profesionales, estableciendo las causales por las cuales será procedente.

Sobre la suspensión de los contratos, el Consejo de Estado Sala, de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 11 de abril de 2012, rad. No. 52001-23-31-000-1996-07799-01(17434) ha señalado:

“La Sala considera que la suspensión del contrato no es una prerrogativa, potestad o facultad excepcional que pueda ejercer la Administración, unilateralmente, salvo en los casos expresamente autorizados por el ordenamiento jurídico; en efecto, la actividad del Estado, incluida la contractual, se rige por el principio de legalidad⁴, tal como lo ordena la Constitución Política en sus artículos [4](#), [6](#), [121](#) y [122](#), lo cual impone que toda actuación de los órganos del Estado se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos.

La suspensión del contrato, más estrictamente de la ejecución del contrato, procede, por regla general, de consuno entre las partes, cuando situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público impidan, temporalmente, cumplir el objeto de las obligaciones a cargo de las partes contratantes, de modo que el principal efecto que se desprende de la suspensión es que las obligaciones convenidas no pueden hacerse exigibles mientras perdure la medida y, por lo mismo, el término o plazo pactado del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido. Por esa misma razón, la suspensión debe estar sujeta a un modo específico, plazo o condición, pactado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, acorde con la situación que se presente en cada caso, pero no puede permanecer indefinida en el tiempo”. (Subrayado fuera de texto)

En el mismo sentido, la oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Trabajo, radicado No. 95757 / 00112747 del 2 de agosto de 2012 al absolver una consulta en relación con la suspensión del contrato de prestación de servicios, por licencia de maternidad, conceptuó:

“La legislación que regula la contratación estatal, concretamente la Ley [80](#) de 1993, modificada por la Ley [1150](#) de 2007 y sus Decretos Reglamentarios, no contempló las causales de suspensión del contrato de prestación de servicios celebrado con una entidad pública, motivo por el cual, debe señalarse que no existe ninguna disposición normativa que consagre de forma expresa, la suspensión del contrato en virtud de la licencia de maternidad de la contratista.

En el sector privado, debe señalarse igualmente la presencia del vacío normativo que existe sobre el particular; motivo por el cual, teniendo en cuenta que el contrato es ley para las partes, en cuanto obedece al acuerdo de voluntades, a juicio de esta Oficina, serán las partes intervinientes quienes señalen en el contrato las causales de suspensión y quienes determinen el alcance de los eventos que constituyen fuerza mayor o caso fortuito, esto es, si la licencia de maternidad puede considerarse como tal.

No obstante lo anterior, si a pesar de la licencia de maternidad, las partes contratantes acuerdan no suspender el contrato de prestación de servicios, y la contratista acredita el cumplimiento de las actividades contratadas, en criterio de este Despacho habrá lugar al pago de honorarios, por cuanto el objeto del mismo está siendo ejecutado.

(...)

En esta medida, se considera que si las partes deciden suspender el contrato de prestación de servicios, y por ende, disfrutar del periodo de la licencia de maternidad, dicha prestación económica será asumida por la EPS; en caso contrario, esto es, si no hubo suspensión del contrato de prestación de servicios y la contratista continúa laborando, la EPS asumirá el pago de la licencia, y el contratante deberá cancelar los honorarios convenidos.

Sin perjuicio del criterio antes señalado, es preciso reiterar que como no es un asunto regulado por el ordenamiento jurídico laboral, son las partes contratantes quienes, de común acuerdo, deben determinar si suspenden o no el contrato de prestación de servicios”.

De lo expuesto en este concepto y ya manifestado por la Coordinación, no es factible que la Administración unilateralmente pueda suspender el contrato de prestación de servicios, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley. Siendo que una incapacidad laboral de cualquier origen de un contratista independiente no se encuentra dentro de estos casos especiales, al igual que la licencia de maternidad, no es factible que por esta causa la Administración, motu proprio, suspenda la ejecución del contrato.

En caso de presentarse esta situación, debe analizarse si por la naturaleza del servicio contratado, por la forma de desarrollo del objeto contractual, por las condiciones particulares de su ejecución y por las demás consideraciones que se ajusten al contrato, la incapacidad pueda llegar a constituir una fuerza mayor que impida su desarrollo, caso en el cual se debe hacer una acta de suspensión y establecer el plazo de la misma.

Respecto a la responsabilidad de la entidad por la posible ocurrencia de una enfermedad laboral o accidente de trabajo de los contratistas por prestación de servicios, es pertinente precisar:

El Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo [34](#), define la figura del contratista independiente como “la persona natural o jurídica que contrata la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y administrativa”. (Subrayado fuera de texto)

Una vez el contratista independiente se vincule al sistema, la empresa contratante tiene obligaciones de prevención frente al contratista, como incluirlo en el programa de salud ocupacional y permitir su participación en las actividades que realice el Comité Paritario de Salud Ocupacional, dándole para estos efectos el trato de trabajador dependiente.

Aunque el contratista debe ser vinculado al programa de salud ocupacional del contratante, esto no lo exime de sus obligaciones en prevención de riesgos, seguridad industrial y salud ocupacional. El cumplimiento de esas obligaciones será verificado y exigido por el contratante.

De otra parte, el artículo 26 de la Ley 1393 de 2010, previó que la celebración y cumplimiento de las obligaciones derivadas de contratos de prestación de servicios estará condicionada a la verificación por parte del contratante de la afiliación y pago de los aportes al Sistema de Protección Social, conforme a la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional.

Mediante el Decreto 723 de 2013, se estableció la obligación de las empresas de afiliar a las personas contratadas mediante un contrato de prestación de servicios superior a un mes (trabajador independiente o contratista). Igualmente, estableció las obligaciones de ambas partes frente al Sistema General de Riesgos Laborales, así como las reglas para el pago de las cotizaciones.

Este Decreto equipara a los contratistas con los trabajadores dependientes, en lo relacionado con el cuidado de la salud en el lugar de trabajo. Esto permite a los contratistas el acceso a las actividades de capacitación y prevención del Sistema de Riesgos Laborales, sin que ello implique la existencia de una relación laboral entre el contratista y la empresa contratante.

Consideramos que con lo expuesto queda absuelto el primer interrogante, lo mismo que el segundo que reza: ¿De ser procedente la suspensión unilateral, desde qué momento se efectuaría?

Frente al tercer interrogante: “¿Debería incluirse en lo sucesivo en la minuta contractual dicha causal de suspensión?”

Dado la normatividad que ya se expuso no contempla la incapacidad o la licencia como una de las causales de suspensión unilateral del contrato, siempre que se acuda a ella en virtud de una de las situaciones señaladas, debe hacerse de común acuerdo plasmado en un acta en la que además se estipulen los extremos temporales de la suspensión y se defina como se afecta la duración y fecha de terminación del contrato.

Por otra parte, debemos señalar que no existe impedimento legal alguno para incorporar una cláusula de suspensión del contrato por razón de incapacidad o licencia de maternidad, pues esto correspondería a la voluntariedad de ambas partes contratantes. Sin embargo, la conveniencia de la misma, que no es un tema jurídico, debe analizarse de acuerdo con la naturaleza del objeto contratado, de la forma de su ejecución y de las especiales condiciones del contrato y el contratista en cada caso, pues no todas las situaciones son similares.

Finalmente, sugerimos hacer una revisión sobre interpretación de las normas de Seguridad Social que acompaña la solicitud, por cuanto en ocasiones se da tratamiento de trabajadores vinculados laboralmente a los contratistas, sobre todo para derivar responsabilidad en cabeza de la Entidad. No podemos olvidar que el contratista independiente es el responsable del manejo de sus

diferentes situaciones frente a las entidades de seguridad social a las que se afilie, siendo responsabilidad de la Administración, a través de los supervisores y pagadores, verificar que haga los pagos correspondientes para que no se presente la evasión del pago de aportes, conforme lo ha señalado la ley.

Cordialmente,

MARTHA BIBIANA LOZANO MEDINA

Coordinadora Grupo de Conceptos y Producción Normativa

NIS: 2014-02-153232

Proyectó: Eduardo Hurtado.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

