

CONCEPTO 9972 DE 2014

(marzo 5)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Bogotá D.C

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Contratista en estado de embarazo

En atención a su petición radicada bajo el No. 2-2014-000455 del 20 de febrero de 2014, mediante el cual consulta como proceder frente a la situación de una contratista instructora que se encuentra en estado de embarazo e incapacitada por alto riesgo, por lo que al solicitar la suspensión del contrato la contratista manifestó no estar de acuerdo en razón a que el inspector de trabajo, el 12 de febrero le manifestó que no podían desvincularla y que le debían reconocer el 100% de los honorarios y acatar el fallo 070 de la Corte Constitucional, al respecto le informo lo siguiente:

El numeral 3 del artículo [32](#) de la ley 80 de 1993, que a la letra dice: “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 solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requiera conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral, ni prestación sociales y se celebraran por el termino estrictamente indispensable.”

Es decir que el contrato de prestación de servicios tiene una naturaleza especial con unas características precisas y unos mecanismos de celebración y ejecución concretos que impiden asimilarlo a un contrato laboral, es por ello que no genera una relación laboral ni prestacional.

En cuanto a la continuidad de los contratistas, es de señalar que la temporalidad del contrato no depende de quien realice la actividad, si no de la necesidad que pretenda satisfacerse. Por eso, el numeral 3º del artículo [32](#) de la Ley 80 de 1993, al definir el contrato de prestación de servicios, señaló como una de sus características, que debe celebrarse “por el término estrictamente indispensable.”

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009, sobre la temporalidad de los contratos de prestación de servicios, dispone que:

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública

en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.” (negrilla y subrayo fuera de texto)

De igual manera, en sentencia C-154 de 1997, la corte Constitucional estudio la exequibilidad del numeral 3 del artículo [32](#) de la Ley 80 de 1993, en el que concluyó que el contrato de prestación de servicios se celebra con el estado cuando la función de la administración no puede ser ejercido por personal vinculado a la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se estableció las siguientes características:

1. El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir relacionada con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada.
2. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.
3. 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.

Así mismo el Ministerio de trabajo, mediante concepto 8228 del 13 de enero de 2011, sobre los contratos de prestación de servicios, señaló:

“ si se trata de un contratista, esto es, una persona vinculada mediante un contrato de prestación de servicios, debe tener presente que entre el contratante y el contratista no existe un vínculo laboral sino una relación de orden civil o comercial, razón por la cual, no se generan las prestaciones sociales, vacaciones, ni derechos propios de un contrato de trabajo, y una vez terminado el contrato de prestación de servicios, el contratista solo tendrá derecho al pago de los honorarios, como la remuneración por los servicios prestados.

Así mismo, debe tenerse presente que las cargas en materia de seguridad social cuando se ha celebrado un contrato de prestación de servicios esta en cabeza del contratista, quien se encarga no solo de la cotización del 100% de los aportes sino de los trámites administrativos propios de la afiliación; razón por la cual, cuando el trabajador independiente o persona con capacidad de pago ha pagado por fuera de las fechas de pago algunos aportes mensuales a salud, las EPS puede negar el reconocimiento de las incapacidades y licencias de acuerdo con el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999.

Por su parte, 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 (...).”

De igual manera, el artículo 5 *ibídem* señala que para la realización de los fines estipulados en el artículo 3 *ibídem* los contratistas “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 entramamiento que pudieran presentarse”, y de igual forma “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 hasta aquí expuesto, se desprende la obligación del servidor público que contrata a 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 y puede llegar a responder por sus actuaciones y omisiones y deberá indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

Ahora bien, Sobre la suspensión de los contratos, el Consejo de Estado ha considerado que<sup>(1)</sup>:

“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 legalidad, 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.

En el sub - lite, la suspensión fue decretada por la entidad contratante, sin que mediara facultad legal que habilitara hacerlo unilateralmente, pues, dentro del régimen contenido en la ley [80](#) de 1993, no se contempla tal posibilidad; (...).”

La misma Corporación en Sentencia anterior<sup>(2)</sup> había señalado que:

“No tiene discusión alguna que un contrato en curso puede suspenderse por la ocurrencia de diversas circunstancias o por la voluntad de las partes y que uno de los efectos de la suspensión del contrato es la suspensión de las actividades del contratista. En tanto la suspensión sea provisional o temporal es porque el contrato se reiniciará cuando las partes así lo determinen; el caso es que estando el contrato en ejecución o suspendido con la intención de reiniciarlo,

subsiste el vínculo contractual”.

Recientemente, el Ministerio del Trabajo 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”.<sup>(3)</sup>

De conformidad con lo anterior, las partes podrán suspender el contrato de prestación de servicios cuando se determinen eventos que constituyen fuerza mayor o caso fortuito o de interés público que impidan, temporalmente cumplir con el objeto de las obligaciones a cargo de las partes contratantes, como es el caso de la contratista que se encuentra en estado de embarazo y se encuentra incapacitada.

Ahora bien, al revisar el contrato No. 00468 de 2014, suscrito entre el SENA y la contratista NANCY VILLEGAS CADENA, este tiene como OBJETO “prestar los servicios personales de carácter temporal como instructor en los programas de formación profesional integral presencial en el área de alimentos del programa acciones Regulares en el Centro Atención Sector Agropecuario de la Regional Risaralda.”, el plazo es de siete (7) meses y once (11) días, sin exceder el 31 de agosto de 2014.

En la forma de pago se establece por el mes de enero la suma de UN MILLON CIENTO SESENTA Y TRES MIL OCHOSCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$1.163.873.00) y siete (7) pagos iguales de TRES MILLONES CIENTO SETENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS PESOS ( \$ 3.174.200.00).

De igual manera, la cláusula décima quinta señala: “ Suspensión. El plazo de ejecución del presente contrato podrá suspenderse excepcionalmente de manera temporal, en los siguientes circunstancias: 1. Por el mutuo acuerdo de las partes. 2. Por solicitud del contratista, por causa debidamente justificada y aceptada por el SENA. 3. Por incapacidad medica que impida la prestación del servicio. 4. Por fuerza mayor o caso fortuito. 5. Por el disfrute de la licencia de maternidad o por aplicación de la Ley 1468 de 2011, según corresponda, conforme a lo previsto en las normas que reglamenten la materia. La suspensión se hará mediante acta suscrita por las partes en la cual se expresará su causa, el término de suspensión y la fecha en que se reanuda la ejecución del contrato.”

Por lo anterior y en virtud a las 2 incapacidades presentadas por la contratista que va desde el 31 de enero al 14 de febrero de 2014 y del 18 de febrero al 01 de marzo de 2014 y teniendo en cuenta que la contratista no ha querido suscribir la suspensión del contrato ya que alega el fuero de maternidad y solicita que se le cancele los honorarios, al respecto le informó que no es viable cancelar el pago del mes de febrero de 2014, correspondiente a la suma de \$ 3.174.200.00, pues la contratista no ha ejecutado el objeto ni las obligaciones derivadas del contrato 00468 de 2014 y el cancelar dichos valores podrían generar un detrimento patrimonial a la entidad lo cual dará lugar a las sanciones disciplinarias correspondientes.

Además deben tener presente que el contrato que suscribió con la entidad es de prestación de servicios personales el cual se regula por una relación de orden civil y comercial más no una relación laboral y es por ello que la carga en materia de seguridad social está en cabeza del contratista quien se encarga de cancelar el 100% de sus aportes a salud y pensión.

Al respecto el Artículo [157](#) literal A numeral 1 de la Ley 100 de 1993, señala que los afiliados al sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la Ley [100](#) de 1993.

Tan es así que 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.

Así mismo, el Artículo 9 del Decreto 783 de 2000 que modifica el numeral 1 del Artículo 3 del Decreto 047 del 2000 establece que para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado, un mínimo de cuatro semanas en forma ininterrumpida y completa, sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme a las reglas de control a la evasión.

En concordancia con el Decreto 1804 de 1999 “Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en salud y se dictan otras disposiciones” señala en el artículo 21 que los empleadores y trabajadores independientes y las personas con capacidad de pago tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones al sistema durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al sistema. Los pagos a que alude, el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al sistema, el período de que trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias.

2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora.

Por lo anterior y como quiera que la contratista ha cotizado al sistema de seguridad en salud, tiene derecho a que la EPS le pague una prestación económica durante todo el tiempo que dure en incapacidad, la misma que servirá para que continúe cancelando sus aportes a seguridad social.

Por otra parte, la sentencia Unificada del 070 del 13 de febrero de 2013, M.P. Alexei Julio estrada, en la cual se tutela la aplicación de la protección laboral reforzada constitucional, se dispuso:

“También, la Corte ha optado por proteger la alternativa laboral de las mujeres gestantes desde la óptica de la garantía de los medios económicos necesarios para afrontar tanto el embarazo como la manutención del(a) recién nacido(a). Garantía que se presume satisfecha cuando la mujer devenga salario u honorarios; luego, se deberá presumir no satisfecha cuando no los devenga. Por esta razón, cuando es improcedente el reintegro o la renovación, resulta viable la modalidad de protección consistente en reconocer las cotizaciones respectivas a seguridad social, después de la cesación de la relación laboral o el contrato y hasta el momento en que la mujer acceda a la prestación económica de la licencia de maternidad.”

De lo anterior, se infiere que la entidad en el evento en que no pueda renovar un contrato de prestación de servicios de una contratista que se encuentre en embarazo, resulta viable la modalidad de protección consistente en reconocer las cotizaciones respectivas a seguridad social después de la terminación del contrato hasta el momento en que la mujer acceda a la prestación económica de la licencia de maternidad.

Situación que no se vislumbra en el presente caso, toda vez que la contratista suscribió con el SENA el contrato 468 del 2004, por un valor de VEINTITRES MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS (MCTE), por lo tanto tiene los medios económicos para afrontar el embarazo como la manutención del recién nacido, y como quiera que se encuentra incapacitada, la EPS le reconocerá las prestaciones económicas por la enfermedad general.

Finalmente se sugiere hablar con la contratista para que suspenda el contrato de prestación de servicios en virtud a lo señalado en el numeral 3 de la cláusula décima del contrato “por incapacidad médica que impida la prestación del servicio” pues si no se suspende y la contratista

no cumple con sus obligaciones se podrá presentar un incumplimiento en las obligaciones del contrato.

El presente pronunciamiento se emite dentro de los parámetros a que alude el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

MARTHA BIBIANA LOZANO MEDINA

Coordinadora Grupo de Conceptos y Producción Normativa

NOTAS AL FINAL:

1. 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).
2. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, sentencia del 29 de mayo de 2003, rad. No. 76001-23-31-000-1995-00974-01(14945).
3. Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Trabajo, radicado No. 95757 / 00112747 del 2 de agosto de 2012.



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)

