

CONCEPTO 36535 DE 2020

(julio 31)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

PARA: Coordinadora Académica del Centro de Comercio y Servicios del Sena Regional Bolívar.
DE: Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, 1-0014.
ASUNTO: Concepto sobre la procedencia o no de la suspensión del contrato de prestación de servicios por incapacidad del contratista.

En respuesta a su comunicación electrónica del 23 de junio de 2020 (sin radicar), mediante la cual solicita concepto sobre la procedencia o no de la suspensión del contrato de prestación de servicios por incapacidad del contratista, de manera comedida le informo.

En la consulta puntualiza:

“(…). ¿Un Instructor vinculado con la entidad mediante contrato de prestación de servicios me informó el día 20 de junio del 2020 que fue diagnosticado con COVID 19 y hasta la fecha ha cumplido con sus obligaciones, en el evento que sea incapacitado se le debe suspender el contrato? Y a partir de qué momento se le debe suspender ¿o no se le debe suspender? Esta solicitud la realizo en calidad de supervisora de este contrato del Centro de Comercio y Servicios, Regional Bolívar”

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

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.

PRECEDENTES NORMATIVOS

En el análisis del tema objeto de la consulta se tendrán en cuenta como antecedentes normativos los siguientes:

Ley 80 de 1992

Ley [100](#) de 1993

Ley 776 de 2002

Decreto [1082](#) de 2015

Decretos [417](#), [488](#), [500](#), [538](#) y [676](#) de 2020

Resolución [385](#) y [844](#) de 2020 Ministerio de Salud y Protección Social

Sentencia 00117 de 2018,

Sentencia 52001-23-31-000-1996-07799-01(17434),

Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil radicado [2278](#) de 2016

ANÁLISIS JURÍDICO

Con el fin de precisar el asunto consultado, se analizarán lo concerniente al contrato de prestación de servicios, suspensión del contrato de prestación de servicios, incapacidades, Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica y Emergencia Sanitaria

1. Contrato de prestación de servicios.

Respecto de los contratos de prestación de servicios el artículo 32 de la Ley 80 de 1992 dispone:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. <Ver Notas del Editor> 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. <Apartes subrayados **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES**> 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.”

Por su parte el Decreto [1082](#) de 2015, que compiló el artículo [81](#) del Decreto 1510 de 2013, dispuso:

“ARTÍCULO [2.2.1.2.1.4.9](#). 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 (...).”

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado en la Sentencia 00117 de 2018 precisó lo siguiente en relación con el contrato de prestación de servicios, indicando:

“(…) aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto

autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.”

De lo transcrito, se concluye que el contrato de prestación de servicios es celebrado por el Estado y un particular, el cual desarrollara actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad o para el desarrollo de labores especializadas que no pueden ser realizadas con el personal de planta o que requieran conocimiento especializados sin que esto constituya un vínculo laboral.

2. Suspensión del contrato de prestación de servicios.

El numeral 2 del artículo [14](#) de la Ley 80 de 1993, dispone:

“(…) Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: (...) 2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, 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 (...)”

Frente a lo dispuesto en la norma, cabe precisar que la suspensión del contrato de prestación de servicios no es una cláusula excepcional contemplada en la precitada ley. Por lo tanto, las causas que dan lugar a la suspensión de los contratos de prestación de servicios no están expresamente reguladas.

No obstante, ante la ausencia de estas, las partes pueden prever que, cuando en la ejecución del contrato llegaren a sobrevenir situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o necesidades de interés público, el contrato pueda suspenderse justificada y temporalmente mientras se resuelven los inconvenientes que impiden su ejecución. Debe indicarse que, aun sin que previamente las partes hayan dispuesto en el contrato alguna cláusula referida a la suspensión y a sus efectos, cuando surgen circunstancias que implican de facto la justificada parálisis de la ejecución de las obligaciones, los contratantes pueden y suelen acordar formalmente consignar por escrito las situaciones que originaron la suspensión y establecer sus efectos en el contrato.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, en Sentencia del 11 de abril de 2012, dentro del radicado No. 52001-23-31-000-1996-07799-01(17434), determinó:

“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.

(...)"

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto [2278](#) de 2016, señaló:

“(...) como la suspensión de la ejecución del contrato estatal se sustenta en gran medida en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, y como dentro de ese marco conceptual el contenido del negocio jurídico generalmente esté determinado por las declaraciones de voluntad de quienes concurren al mismo, la cláusula de suspensión, o los acuerdos de suspensión de la ejecución de las obligaciones del contrato, podrían pactarse en cualquier tipo de contrato estatal, por regla general.

Ahora bien, dado el interés público que gravita sobre la contratación estatal, las partes contratantes deberán en cada caso concreto: (i) ponderar que la naturaleza del contrato estatal admita la posibilidad de suspenderlo, (ii) verificar que lo que se pacte no esté prohibido expresamente en la ley ni resulte contrario al orden público y a las buenas costumbres, (iii) garantizar que la suspensión tenga por objeto la consecución del interés general y el cumplimiento de los fines estatales; y (iv) demostrar y justificar que su ocurrencia obedece a razones de fuerza mayor, o caso fortuito, o que procura la satisfacción del interés público.”

Aunado a lo anterior, esta dependencia ha emitido varios pronunciamientos al respecto, dentro de los cuales se pueden citar los siguientes:

Concepto 153232 del 2014 en que se señaló: “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 un acta de suspensión y establecer el plazo de esta”.

Concepto 153232 del 2014 en que se señaló: “Es menester aclarar que el contrato de prestación de servicios profesionales no es un contrato de trabajo, y como tal no hay regulación normativa que contemple las causales de la suspensión del contrato; por lo anterior, es potestativo de las partes pactar de común acuerdo la suspensión, previa determinación de si es procedente o no suspender la ejecución contractual derivada de un accidente laboral, es decir, si se genera una situación que impida seguir ejecutando normalmente el objeto contractual.”

En este orden de ideas, se puede concluir que la suspensión del contrato de prestación de servicios se fundamenta en la autonomía y voluntad de las partes, cuya finalidad está encaminada a reconocer la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que

impida al contratista ejecutar y cumplir con sus obligaciones siempre y cuando se hubiese pactado previamente o en los casos que sin haberse pactado, ambas partes así lo acuerden.

3. Incapacidades.

El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la ley.

Por su parte la Ley 100 de 1993 en los artículos [15](#) y [157](#) literal A, numeral 1 estableció la vinculación al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones para las personas que se encuentran vinculados mediante un contrato de prestación de servicios

Respecto de las incapacidades, estas varían según el origen, para el caso de las incapacidades de origen común, estas se fundamentan en el artículo [206](#) de la Ley 100 de 1993 y para el caso de las incapacidades originadas en enfermedad profesional estas se fundamentan en la Ley 776 de 2002.

Aunado a lo anterior, será responsabilidad del contratista adelantar el trámite de reconocimiento ante la EPS o ARL según el origen de la enfermedad y la relación causal que se tenga con la ejecución del contrato, con el propósito de obtener el pago de la prestación económica derivada del auxilio por incapacidad de acuerdo con el marco normativo.

Finalmente, es necesario precisar que ante la incapacidad por enfermedad común y accidente de trabajo o enfermedad profesional, el contratista puede solicitar y percibir en el marco del régimen de seguridad social integral, el reconocimiento de la prestación económica y asistencial del auxilio por incapacidad por ser un derecho irrenunciable (art. [48](#) C.P., y arts. [1](#) a [3](#) de la Ley 100 de 1993), sin depender del pago o no de los honorarios pactados en el contrato.

4. Emergencia Económica, Social y Ecológica y Estado de Emergencia Sanitaria

Los Coronavirus (CoV) son un virus que surgen periódicamente en diferentes áreas del mundo y que causa Infección Respiratoria Aguda (IRA), es decir gripa, que pueden llegar a ser leve, moderada o grave. El nuevo Coronavirus (COVID-19) ha sido catalogado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), como una emergencia en salud pública de importancia internacional. Como respuesta a la pandemia declarada por la (OMS), el 11 de marzo del 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social mediante Resolución [385](#) del 12 de marzo del 2020 declaró la Emergencia Sanitaria en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo del 2020, medida que fue prorrogada hasta el día 31 de agosto de 2020 a través de la Resolución [844](#) del 26 de mayo de 2020, por lo que implica aunar esfuerzos para fortalecer las medidas higiénico – sanitarias.

El Ministerio del Trabajo, el Ministerio de Salud y Protección Social y el Departamento Administrativo de la Función Pública expidieron la Circular Externa [018](#) de 2020 en la que, como medidas temporales de carácter preventivo, "autoriza el teletrabajo para servidores públicos y trabajadores que recientemente hayan llegado de algún país con incidencia de casos de COVID-19, quienes hayan estado en contacto con pacientes diagnosticados con COVID-19 y para quienes presenten síntomas respiratorios leves y moderados, sin que ello signifique abandono del cargo" y la Circular [0021](#) de 2020 "Medidas de protección al empleo con ocasión de la fase de contención del COVID- 19 y de la declaración de emergencia sanitaria"

Por su parte el Decreto legislativo [491](#) de 2020 “Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica” establece lo siguiente:

"Artículo [3](#). Prestación de los servicios a cargo de las autoridades. Para evitar el contacto entre las personas, propiciar el distanciamiento social y hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, las autoridades a que se refiere el artículo [1](#) del presente Decreto velarán por prestar los servicios a su cargo mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Las autoridades darán a conocer en su página web los canales oficiales de comunicación e información mediante los cuales prestarán su servicio, así como los mecanismos tecnológicos que emplearán para el registro y respuesta de las peticiones.

En aquellos eventos en que no se cuente con los medios tecnológicos para prestar el servicio en los términos del inciso anterior, las autoridades deberán prestar el servicio de forma presencial. No obstante, por razones sanitarias, las autoridades podrán ordenar la suspensión del servicio presencial, total o parcialmente, privilegiando los servicios esenciales, el funcionamiento de la economía y el mantenimiento del aparato productivo empresarial.

En ningún caso la suspensión de la prestación del servicio presencial podrá ser mayor a la duración de la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social. (...) (Subrayas fuera del texto original).

“Artículo [15](#). Prestación de servicios durante el periodo de aislamiento preventivo obligatorio. Durante el periodo de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades dispondrán las medidas necesarias para que los servidores públicos y docentes ocasionales o de hora cátedra de instituciones de educación superior públicas cumplan sus funciones mediante la modalidad de trabajo en casa, 'haciendo uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

En ningún momento la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica y la declaratoria de Emergencia Sanitaria, así como las medidas que se adopten en desarrollo de estas, podrán suspender la remuneración mensual o los honorarios a los que tienen derecho los servidores públicos o docentes ocasionales o de hora cátedra de instituciones de educación superior pública, respectivamente.

Parágrafo. Cuando las funciones que desempeña un servidor público, un docente ocasional o de hora cátedra no puedan desarrollarse mediante el trabajo en casa, las autoridades competentes podrán disponer que, durante la Emergencia Sanitaria, y excepcionalmente, estos ejecuten desde su casa actividades similares o equivalentes a la naturaleza del cargo que desempeñan.”
(Subrayas fuera del texto original)

Normas orientadas a proteger la salud y vida de los servidores públicos y de los particulares que cumplan funciones públicas (contratistas), propiciando el distanciamiento social a fin de prevenir el contagio de la enfermedad generada por el virus COVID-19 y para ello confiere a las autoridades la facultad para prestar los servicios a cargo mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las tecnologías de la información y de las comunicaciones.

Aunado a lo anterior, en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el COVID-19, el Gobierno nacional expidió los Decretos Legislativos [488](#) y [500](#) de 2020, mediante los cuales se adoptaron medidas laborales y se destinaron recursos del Sistema de Riesgos Laborales para enfrentar la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19, dirigidas a actividades de promoción y prevención de los riesgos laborales para afrontar la emergencia en ambientes laborales para salvaguardar la salud y la vida de los trabajadores. En consecuencia, siendo el COVID-19 un riesgo biológico, los Decretos [538](#) y [676](#) de 2020 incorporaron el COVID-19 como una enfermedad laboral para los trabajadores del sector de la salud, incluyendo al personal administrativo, de aseo, vigilancia y de apoyo que preste servicios en las diferentes actividades de prevención, diagnóstico y atención de esta enfermedad,

Normas que consagran algunas de las causas de origen de contagio, estableciendo que si el contagio del Covid-19 se da por la exposición en un ambiente laboral, deberá ser tratado como una enfermedad de tipo laboral. Para el caso del personal de salud, no existiría duda alguna, por el que se le reconocerá las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de esta. En caso contrario, será tratado como una enfermedad de origen común con lo cual no sería atendido por la ARL sino por la EPS, al no poderse establecer el nexo causal entre la enfermedad y el contagio.

RESPUESTA JURÍDICA

Con fundamento en lo expuesto, se procede a responder el interrogante planteado así:

PREGUNTA: “(...). ¿Un Instructor vinculado con la entidad mediante contrato de prestación de servicios me informó el día 20 de junio del 2020 que fue diagnosticado con COVID 19 y hasta la fecha ha cumplido con sus obligaciones, en el evento que sea incapacitado se le debe suspender el contrato? Y a partir de qué momento se le debe suspender ¿o no se le debe suspender? Esta solicitud la realizo en calidad de supervisora de este contrato del Centro de Comercio y Servicios, Regional Bolívar”

RESPUESTA: Teniendo en cuenta que no existe una norma que consagre los casos de suspensión del contrato de prestación de servicios y cuya finalidad está encaminada a reconocer la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impidan la ejecución del contrato, serán las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad las encargadas de señalar las causales de suspensión y los eventos de fuerza mayor o caso fortuito que impiden la ejecución del contrato.

Es por ello, que, si a pesar de la incapacidad las partes acuerdan no suspender el contrato de prestación de servicios y el contratista acredita el cumplimiento de las actividades contratadas y las actividades ejecutadas no guarden una relación de causalidad que pueda afectar su salud, habría lugar al pago de honorarios, pues el objeto contractual estaría siendo ejecutado.

Finalmente, se precisa que por parte del Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa no se pueden resolverse situaciones concretas o particulares, por lo cual es de considerar que por una parte será el contratante el encargado de evaluar el cumplimiento de las actividades contratadas y por la otra serán las partes de común acuerdo que decidirán si opera o no la suspensión del contrato, la cual debe estar sujeta al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición de conformidad con la situación de fuerza mayor o caso fortuito presentada que haya impedido continuar con su ejecución.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015.

Cordial saludo,

Antonio José Trujillo Illera

Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y

Producción Normativa - Dirección Jurídica

Dirección General



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)

