

CONCEPTO 47049 DE 2018

(agosto 21)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXX

DE: Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

ASUNTO: Solicitud de concepto sobre suspensión unilateral de un contrato de prestación de servicios por incapacidad. Sin Radicar

En atención a su solicitud de concepto jurídico sin radicar, de fecha 31 de julio de 2018, en el que plantea:

“¿Se puede suspender unilateralmente un contrato de prestación de servicios personales, cuando se evidencia el caso que el contratista aduce mediante abogado estabilidad reforzada por grave estado de salud con diagnóstico médico de EPOC con exacerbación aguda, con incapacidad hasta el 23 de agosto de 2018, teniendo en cuenta que el contratista no quiere firmar la suspensión del mismo?

En caso de ser afirmativo o negativa la respuesta cual es procedimiento legal que se debe seguir por seguridad jurídica.

Nos pronunciamos en el siguiente sentido:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA – Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares ni de 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.

ANÁLISIS JURÍDICO

Teniendo en cuenta que la situación referida en la solicitud de concepto enmarca una situación particular y concreta sobre un contratista específico y su situación médica particular, esta Coordinación se abstiene de pronunciarse sobre el caso particular y mucho menos proponer soluciones concretas, pues es de competencia del supervisor del contrato y de las directivas regionales la toma de decisiones frente a la situación fáctica que se presenta.

Sin embargo, con el fin de brindar elementos de juicio necesarios para la toma de decisiones, hacemos el siguiente análisis en abstracto, mas no de la situación concreta y particular.

Ante todo debemos precisar que, cuando se trata de contratos de prestación de servicios, no cabe hablar de estabilidad laboral reforzada.

El fuero de estabilidad derivado de la discapacidad o una incapacidad que genere un estado de debilidad manifiesta es predicable cuando se trata de relaciones de carácter laboral, no en los

casos de contratación administrativa a través de un contrato de prestación de servicios.

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterada en sostener que frente a un contrato de prestación de servicios no cabe la estabilidad laboral reforzada, salvo que exista una simulación y que detrás de esta forma de contratación se encuentre una verdadera relación laboral, caso en el cual el juez debe declararla y proceder a reconocer el fuero, tal como se ha señalado, especialmente a partir de la Sentencia de Unificación SU – 070 de 2013, aspecto que debe probarse por parte del contratista y debe ser declarado por un juez.

Ahora bien, para enmarcar la respuesta a la consulta debemos partir de la definición que del contrato de prestación de servicios hace la Ley [80](#) de 1983:

“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.

(...)”

Por su parte, la Corte Constitucional, en fallo C – 154 de 1997, señala cuales son las características del contrato de prestación de servicios:

“(....)

3. Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.

El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, 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.

El objeto contractual lo conforma 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. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de

acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo [210](#) de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."

b. 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 concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

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. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo [122](#) de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada." (Resaltado fuera de texto)

De la norma transcrita y del acápite jurisprudencial expuesto, se puede concluir que en el manejo y administración del contrato de prestación de servicios, la Entidad se debe sujetar a la reglamentación propia y exclusiva del estatuto contractual y su normatividad concordante, no siendo viable aplicar normas especiales que regulan otras materias.

Frente al cuestionamiento concreto de la consulta, esta Coordinación ya se ha pronunciado en casos anteriores, razón por la cual y dado que no se ha presentado variación normativa o jurisprudencial sobre la materia, transcribimos el acápite correspondiente del Concepto 153232 de

2014, referido a la suspensión unilateral del contrato de prestación de servicios:

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 5o 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](#) íbidem en su numeral 2o y 3o “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 entramamiento 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 párrafo 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 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”. (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.

(...)”

Ahora bien, si como consecuencia de la incapacidad del contratista, independientemente de la causa que la origine, el mismo no puede prestar el servicio contratado, y negándose el contratista a suspender el contrato, evidentemente habría un incumplimiento en la ejecución del objeto contratado, pero este incumplimiento estaría justificado en una fuerza mayor como es la incapacidad, por lo que consideramos inviable declarar el incumplimiento del contrato y el hacer efectivas las garantías.

Sin embargo. Como el objeto del contrato no se ejecuta, tampoco hay lugar al pago de la contraprestación del mismo, razón por la cual el contratista no debe presentar cuentas de cobro durante su incapacidad y, en caso de hacerlo, el supervisor del contrato debe rechazarlas, pues en el informe de actividades que obligatoriamente debe anexarse, no aparecerá actividad alguna por causa de la incapacidad, lo cual obliga a no aprobar la cuenta presentada en tal caso.

Finalmente, tal como lo ha dicho la jurisprudencia y la doctrina, el hecho de presentarse una incapacidad o un embarazo o cualquier otra causa similar, no prorroga el término de duración pactado en el contrato, pues su naturaleza es eminentemente temporal, por una parte y, por otra parte, la programación presupuestal de una entidad no puede estar afectada por eventualidades de carácter particular.

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. De igual forma, este concepto deberá interpretarse en forma integral y armónica, con respeto al principio de supremacía constitucional y al imperio de la ley (C. 054 de 2016); así como, en concordancia con la vigencia normativa y jurisprudencial al momento de su uso y emisión.

Cordialmente,

Carlos Emilio Burbano Barrera

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)

