

**I-2020-35374**

Bogotá, D.C., 8 de mayo de 2020.

RADICACION CORRESPONDENCIA DE SALIDA	
No. Radicación	I-2020-35374
Fecha	8/05/2020
No. Referencia	--

MEMORANDO

PARA: **DEIDAMIA GARCÍA QUINTERO**
Subsecretaria de Integración Interinstitucional

DE: **FERNANDO AUGUSTO MEDINA GUTIÉRREZ**
Jefe Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Solicitud verbal concepto jurídico estabilidad laboral reforzada en contrato de prestación de servicios por pérdida de capacidad laboral o incapacidad.

De conformidad con su consulta del asunto, elevada verbalmente, esta Oficina Asesora Jurídica procederá a emitir concepto, de acuerdo a sus funciones establecidas los literales A y B¹ del artículo 8 del Decreto Distrital 330 de 2008, y en los términos del artículo 28 del CPACA, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, según el cual, por regla general, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

1. Consulta jurídica.

Previamente, le precisamos que esta Oficina Asesora Jurídica (OAJ) no resuelve casos concretos, por ende, no define derechos, no asigna obligaciones y tampoco establece responsabilidades; sino que emite conceptos jurídicos, entendidos como respuestas a consultas claras, concretas y precisas en forma de pregunta sobre un punto materia de cuestionamiento, duda o desacuerdo que ofrezca la interpretación, alcance y/o aplicación de una norma jurídica o la resolución de una situación fáctica genérica relacionado con el sector educativo.

¹ "Artículo 8º Oficina Asesora de Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora de Jurídica las siguientes:

A. Asesorar y apoyar en materia jurídica al Despacho del Secretario y demás dependencias de la SED.

B. Conceptuar sobre los asuntos de carácter jurídico que le sean consultados por las dependencias de la SED y apoyarlas en la resolución de recursos."

Bajo ese entendido, su consulta es la siguiente así:

“Dentro de nuestro equipo se encuentra vinculada una profesional mediante contrato de prestación de servicios, y desafortunadamente viene padeciendo una enfermedad crítica (cáncer), y en las últimas semanas su estado de salud se ha visto un poco complicado.

Desde el punto de vista de la ejecución del contrato, el supervisor me manifiesta que ha cumplido con sus obligaciones y ello se evidencia en los informes mensuales, con ocasión de los cuales hemos procedido con el pago normal de sus honorarios

Con todo, entiendo que le han reconocido algunas incapacidades que ha venido cobrando a su EPS, y según me han informado, es posible que proceda con el trámite de solicitud de pensión de invalidez.

Desde nuestro equipo de la Subsecretaría, hemos verificado con algunos abogados quienes me informan que podría existir protección laboral reforzada por la situación de debilidad manifiesta en que se encontraría la contratista, y que no habría inconveniente en que perciba sus honorarios, y reciba también de su EPS, recursos por concepto de su incapacidad (cosa que me parece lógica, pues el contrato es su medio de sustento, si lo suspendemos o terminamos, no tendría qué devengar y mucho menos como afiliarse a seguridad social, así que es un acto de humanidad y solidaridad), pero que sin embargo han revisado antecedentes, y no encuentran un concepto jurídico formal de la SED que avale esta posición. En ese contexto, me han recomendado revisar la posibilidad de solicitar formalmente concepto sobre el tema a la OAJ.”

1. Marco jurídico.

2.1. Constitución Política de Colombia de 1991.

2.2. Ley 80 de 1993, numeral 3º del artículo 32 define el contrato de prestación de servicios.

2.3. Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.”

2.4. La Ley 361 de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones.”

2.5. Decreto Nacional 780 de 2016 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.”

2.6. Ley 1955 de 2019 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo **2018-2022**”, artículo 244

2. Marco Jurisprudencial.

Sentencia Unificadora 049 de 2017. La Corte Constitucional concedió la protección de los derechos fundamentales de un prestador de servicios a quien se le terminó el contrato luego de haber ejercido como contratista de una empresa por cerca de un año y medio.

La Corte consideró que, aunque la causa de terminación alegada por la empresa fuera el incumplimiento contractual por parte del contratista, no es válida dado que éste se encontraba incapacitado como consecuencia de un accidente de trabajo que había sufrido.

Esta Sentencia marca un hito en lo que tiene que ver con los contratos laborales y los de prestación de servicios, ya que anteriormente se tenía como fundamento extender los privilegios establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo a los contratistas, previa verificación jurídica de que en la realidad se estuviera celebrando un contrato laboral oculto. Sin embargo, con esta nueva decisión judicial la Corte deja en claro que no es relevante el tipo de vinculación para brindar una estabilidad ocupacional reforzada a personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica.

4. Análisis Jurídico.

Para responder la consulta se analizarán los siguientes temas: i) La naturaleza de los contratos de prestación de servicios y sus diferencias con la relación laboral; ii) la Seguridad Social en el contrato de prestación de servicios y las incapacidades en cuanto a su origen; iii) Estabilidad ocupacional reforzada por pérdida de capacidad laboral o incapacidad. y, iv) Conclusiones.

4.1 La naturaleza de los contratos de prestación de servicios

Esta modalidad contractual no se encuentra regulada en la legislación laboral, razón por la cual, entre el contratante y el contratista no existe un vínculo laboral sino una relación de orden civil, comercial o contratación estatal, por lo que 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 sólo tendrá derecho al pago de los honorarios, como la remuneración por los servicios prestados.

Es así como el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 indica referente al Contrato de Prestación de Servicios que:

“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. (Negrilla y subrayado fuera de texto) En ningún caso

estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

Dada la naturaleza y finalidad del contrato de prestación de servicios y con sujeción a las formalidades que sobre el particular trae el Estatuto de Contratación, bajo el principio de autonomía de la voluntad, las partes estipulan el valor, forma de pago, plazo, causales de terminación y las condiciones generales y particulares en que se cumplirá el mismo.

En consideración a lo anotado en precedencia, es pertinente señalar que en el evento en que concurra alguna situación de fuerza mayor o caso fortuito que incida en la ejecución del objeto y obligaciones contractuales, esta situación debe resolverse a la luz de lo que han convenido las partes (principio de autonomía de la voluntad) o en aplicación de cláusulas excepcionales cuya potestad unilateral se encuentra en cabeza de la entidad, en el primer caso mediante el cumplimiento de lo pactado, o por suspensión bilateral o por reconocimiento de las obligaciones adeudadas al momento de la liquidación contractual y en el segundo caso mediante interpretación, modificación, terminación unilateral o caducidad.

En todo caso, la forma como contractualmente se desarrolle la ejecución del contrato y las decisiones de carácter bilateral o unilateral que se adopten, tendrán incidencia en el pago de los honorarios.

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.

Bajo esta precisión, 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 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 deberá suscribir un acta de suspensión y establecer el plazo de la misma.

No existe disposición normativa que consagre de forma expresa, la suspensión del contrato en virtud de la incapacidad. Cuando se presenten este tipo de situaciones, la Entidad Estatal a través del supervisor del contrato debe determinar si las obligaciones contractuales pueden desarrollarse por parte de la contratista sin necesidad de hacer presencia en la Entidad, o si en su defecto debe proceder a la suspensión del contrato durante la incapacidad.

Por otro lado, el Ministerio de Trabajo al absolver una consulta en relación a 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 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 ...(...) 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 impida, 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, respecto a la posibilidad de que concurren al mismo tiempo, el pago el pago de la licencia de maternidad por parte de la EPS y el pago de los honorarios, ha expresado la Corte Constitucional lo siguiente: *(...) Si a pesar de la licencia de maternidad, las partes 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 (...)* “

4.2. Seguridad Social en el contrato de prestación de servicios y sobre las incapacidades en cuanto a su origen.

El Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia (artículo 8° de la Ley 100 de 1993) está conformado por los sistemas de pensiones, de salud y de riesgos laborales y los servicios sociales complementarios. Los derechos que de éste se derivan son de carácter irrenunciable de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política y los artículos 1° y 3° de la Ley 100 de 1993.

Las personas que se encuentran vinculadas a través de un contrato de prestación de servicios, según el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, son afiliados obligatorios al Sistema de Pensiones.

Igualmente, para este tipo de trabajadores de forma independiente, la Ley 100 de 1993, en su artículo [157](#), literal a, numeral 1°, estableció la vinculación al Sistema en Salud.

Así mismo, el artículo [13](#), literal a, numeral 1° del Decreto Ley 1295 de 1994, modificado por el artículo 2° de la Ley 1562 de 2012, dispone que son afiliados obligatorios al Sistema de Riesgos Laborales las personas vinculadas por un contrato formal de prestación de servicios con duración superior a un mes y con precisión de las situaciones de tiempo, modo y lugar en que se realiza la prestación. Dentro de las obligaciones del contratista se encuentra “procurar el cuidado integral de su salud” de conformidad con el numeral 1° del artículo 2.2.4.2.2.16 del Decreto 1072 de 2015

Por otra parte, la Ley 1955 del 25 de mayo 2019, por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018- 2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, en su artículo 244 establece el Ingreso base de cotización sobre el 40% del valor mensual del contrato al Sistema General de Seguridad Social Integral para los contratistas independientes y el pago mes vencido.

Una vez establecida la obligatoriedad de afiliación al Sistema General de Seguridad Social por parte de los contratistas, es necesario identificar los tipos de incapacidades que éste cubre.

- Incapacidades de origen común: se encuentran consagradas en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 para el régimen contributivo, los pagos de estas incapacidades los realizará la EPS previo cumplimiento de las semanas mínimas de cotización que trae el artículo 2.1.13.4 del Decreto 780 de 2016 y constancia o certificación del profesional adscrito o perteneciente a dicha entidad.
- Incapacidades de origen laboral: reguladas por la Ley 776 de 2002, son aquellas que según el cuadro agudo de la enfermedad o lesión que presente el afiliado al SGRL, le impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado. Los pagos de este tipo de incapacidades o las incapacidades permanentes parciales por accidente de trabajo o enfermedad laboral, los hará la ARL en virtud de los artículos 3°, 5°, 6°, y 7° del Decreto ley 1295 de 1994 y la Ley 776 del 2002.
- Incapacidades de origen común superiores a los 180 días: estarán a cargo de las AFP de conformidad con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

4.5 Estabilidad ocupacional reforzada por pérdida de capacidad laboral o incapacidad.

La jurisprudencia nacional tiene marcadas diferencias en torno a si la estabilidad ocupacional reforzada protege solo a quienes tienen determinado rango de porcentaje de pérdida de capacidad laboral, o si por el contrario su ámbito de cobertura es más amplio y no requiere una calificación de esta naturaleza.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido desde la Sentencia del 15 de julio de 2008 (Radicado 32532) que la estabilidad laboral reforzada es una garantía derivada estrictamente de la Ley 361 de 1997, en cuyos preceptos, se dispone que sólo se aplica a quienes tienen la “condición de limitados por su grado de discapacidad”. Lo cual, remite a la reglamentación contenida en el Decreto 2463 de 2001 que clasifica los “grados de severidad de la limitación” así: moderada la que está entre el 15% y el 25% de capacidad laboral; severa la mayor al 25% e inferior al 50%; y profunda la igual o superior al 50%.

Por su parte, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la Oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Sentencia de Unificación SU 049

Teniendo en cuenta las diferencias en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, la Corte Constitucional en virtud del artículo 241 de la Constitución Política, mediante Sentencia de Unificación SU 049 del 2 de febrero de 2017, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa, en Sala Plena, procedió a unificar la interpretación, señalando los siguientes aspectos importantes:

“El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días,

según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.” (Subrayado fuera de texto)

Como se observa, la Corte Constitucional es clara al mencionar que sin importar el tipo de vinculación que se tenga, sea de carácter laboral o mediante contrato de prestación de servicios, tiene derecho a la protección constitucional de estabilidad ocupacional reforzada, cualquier trabajador o contratista que dentro de su relación laboral o contractual tenga una afectación en su salud que le impida o dificulte el desempeño normal de sus labores en las condiciones regulares, independientemente de si tiene o no una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.

En esta misma sentencia indicó:

“(...) 5.15. Esta protección, por lo demás, no aplica únicamente a las relaciones laborales de carácter dependiente, sino que se extiende a los contratos de prestación de servicios independientes propiamente dichos. En efecto, esto se infiere en primer lugar del texto mismo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el cual establece que “ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”. Como se observa, la norma establece una condición para la terminación del contrato de una persona en situación de discapacidad, y no califica la clase de contrato para reducirla únicamente al de carácter laboral, propio del trabajo subordinado. Ciertamente, el inciso 2º de la misma disposición dice que, en caso de vulnerarse esa garantía, la persona tiene derecho a una indemnización “equivalente a ciento ochenta días del salario”. Dado que el salario es una remuneración periódica inherente a las relaciones de trabajo dependiente, podría pensarse que esta indemnización es exclusiva de los vínculos laborales que se desarrollan bajo condiciones que implican vinculación a la planta de personal. Sin embargo, esta interpretación es claramente contraria a la Constitución pues crea un incentivo perverso para que la contratación de personas con problemas de salud se desplace del ámbito laboral al de prestación de servicios, con desconocimiento del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas y de las garantías propias de las relaciones de trabajo dependiente. (...)”

La Corte Constitucional señala que una vez un trabajador o contratista contrae una enfermedad cualquiera que sea, o presenta por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se encuentra amparado constitucionalmente por estar inmerso en una situación de debilidad manifiesta.

La Corte opta por una interpretación extensiva del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada al ampliar su protección en tres ámbitos:

Primero, establece que ella no se restringe a las personas con una discapacidad calificada como moderada, severa o profunda, sino que incluye a todos aquellos que

sufren de una limitación en su salud que les impide o dificulta sustancialmente el desempeño normal de sus labores;

Segundo, establece que la protección no se restringe a las personas vinculadas por un contrato de trabajo sino que se extiende a las personas vinculadas por contratos de prestación de servicios o de aprendizaje;

Tercero, establece que la protección de la estabilidad ocupacional reforzada (es decir, la propia de las personas vinculadas con contratos de prestación de servicios y aprendizaje) cuenta con las mismas garantías que prevé la Ley 361 para las relaciones laborales, incluyendo la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes en caso de incumplimiento de la obligación de contar con el permiso de la oficina de trabajo para terminar el contrato de la persona protegida por la estabilidad reforzada.

4 Conclusiones

4.1 En virtud de lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU 049 de 2017, la estabilidad ocupacional reforzada aplica a los contratos de prestación de servicios.

4.2 Al contratista que se encuentra en incapacidad no se le puede terminar el contrato de prestación de servicios o no renovarlo cuando se trate de la expiración del plazo, sin contar con la debida autorización del Inspector de Trabajo.

4.3. En caso tal en que la incapacidad, sin importar su origen, esto es, de origen común o laboral, le impida al contratista el cumplimiento del objeto del contrato, y por ende, de las obligaciones contractuales, no es procedente el pago de los honorarios pactados toda vez que no se ha obtenido el servicio contratado; de manera que, deberá contemplarse la posibilidad de suspender el contrato por mutuo acuerdo o dar aplicación de las cláusulas exorbitantes de la Entidad, respecto a la forma en que se deberá cumplir con el objeto del contrato.

4.4. Si la incapacidad le permite al contratista cumplir el objeto y las obligaciones contractuales, y siempre y cuando las actividades a desarrollar no puedan generar una afectación en su salud, es viable el pago de los honorarios pactados, teniendo en cuenta la autonomía del contratista que no implica subordinación, y la verificación del cumplimiento del contrato.

4.5. En caso de incapacidad por enfermedad común o de origen laboral, el contratista podrá percibir en el marco del régimen del Sistema de Seguridad Social Integral, el reconocimiento de la prestación económica por incapacidad, teniendo en cuenta el carácter de derecho irrenunciable otorgado por el artículo 48 Constitucional y los artículos 1º y 3º de la Ley 100 de 1993.

4.6. En el evento en que el contratista obtenga su pensión de invalidez y en el caso en que se decida dar por terminado el contrato de prestación de servicios en razón a que su situación de salud le impida continuar con la ejecución del contrato, se deberá de igual forma contar con la debida autorización del Inspector de Trabajo, pues no se prohíbe el que siga vinculado a la entidad según el artículo 33 de la Ley 361 de 1997.

Finalmente, recuerde que puede consultar los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica en la página web de la Secretaría de Educación del Distrito <http://www.educacionbogota.edu.co>, siguiendo la ruta: *Nuestra entidad / Normatividad / Conceptos Oficina Jurídica/ Conceptos emitidos por la OAJ*

Cordialmente,

Original firmado por
FERNANDO AUGUSTO MEDINA GUTIÉRREZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Angela Fernández Marín- Profesional especializado
Yury Peña Gutiérrez- Contratista

Revisó: María Camila Cótamo Jaimes- Contratista