



MEMORANDO

Bogotá D.C. 22 de marzo de 2018

PARA: **JAIME JESÚS BARRERO DEL VALLE**
Director Técnico de la Dirección de Inclusión Productiva

DE: **JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA**

ASUNTO: Concepto jurídico sobre reconocimiento de prestaciones sociales por parte de los supervisores.

En atención a su solicitud, elevada mediante memorando M-2018-4300-000021 de marzo 6 de 2018, en la que requiere emitir concepto relacionado con la obligación del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social de responder por las incapacidades laborales, licencia de maternidad y demás prestaciones sociales de los contratistas y empleados contratados, o vinculados por los operadores, contratistas, cooperantes y/o asociados para la ejecución de los convenios, se emite el respectivo concepto en los siguientes términos:

I. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Debe el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social responder por las incapacidades laborales, licencia de maternidad y demás prestaciones sociales de los contratistas y empleados contratados, o vinculados por los operadores, contratistas, cooperantes y/o asociados para la ejecución de los convenios?

II. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

Para dar respuesta a la consulta y al problema jurídico planteado, el análisis se adelantará en los aspectos que se señalan a continuación.

1. De las competencias de la Oficina Asesora Jurídica.

Esta Oficina Asesora mediante Memorando No. 20171900208483 del 15 de septiembre de 2017, se pronunció sobre el ejercicio de la labor de asesoría jurídica, en materia de contratación, al interior de la Entidad.

En dicha oportunidad se señaló que entre las funciones asignadas a la Subdirección de Contratación, en la Resolución 3901 de 2016 -hoy Resolución 401 de 2018-, el Grupo Interno de Trabajo de Gestión Contractual tiene a su cargo prestar asistencia jurídica a los supervisores de los contratos y convenios, en su periodo de ejecución. La anterior labor se materializa, en cada caso particular y concreto, al brindar asistencia técnica, soporte y asesoría a las áreas responsables de los contratos o convenios, sobre, entre otras cosas, los procedimientos de contratación, el control y verificaron del cumplimiento de los procesos y procedimientos relacionados con la gestión contractual, y los originados en los incumplimientos contractuales.

16



Ahora bien, en atención a las funciones establecidas en el Artículo 25 de Decreto 2094 de 2016, resulta claro que la labor de asesoría de la Subdirección de Contratación se desarrolla en todas las etapas de la contratación a cargo del Departamento. Es decir, el campo jurídico de acción en el que se desenvuelve la asesoría, tiene un carácter especializado y específico para cada caso concreto, vale decir, para cada contrato o proceso contractual.

Sin embargo, y en la medida que el problema jurídico planteado en la consulta, tiene un carácter general y abstracto, es decir, no se refiere a una situación particular y concreta e incide directamente en la Política de Prevención del Daño Antijurídico y su correspondiente Plan Operativo para el 2018¹ esta Oficina se pronunciara brindando criterios jurídicos orientadores generales.

2. De las prestaciones sociales.

De conformidad con el artículo 128 de Código Sustantivo del Trabajo, son consideradas como prestaciones sociales aquellos beneficios legales que el empleador debe pagar a sus trabajadores adicionales al salario ordinario, para atender necesidades o cubrir riesgos originados durante el desarrollo de su actividad laboral. Entre estas encontramos las incapacidades laborales, la licencia de maternidad y paternidad y el auxilio monetario por enfermedad no profesional.

En este sentido, se pronunció el Departamento Administrativo de la Función Pública mediante concepto No. 2002EE11547 del 19 de diciembre de 2002, al señalar:

"La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de Julio 18 de 1985, precisó lo siguiente respecto de la diferencia que existe entre los conceptos de prestación social y de salario:

*"**Prestación social** es lo que debe el patrono al trabajador en dinero, en especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la Ley o por haberse pactado en convenciones colectivas o en pactos colectivos, o en el contrato de trabajo, o establecidos en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono para cubrir los riesgos o necesidades que se originan durante la relación de trabajo; se diferencia del salario en que no es retributiva de los servicios prestados y de las indemnizaciones laborales en que no repara perjuicios causados por el patrono. En ocasiones la Ley califica de prestación social lo que no lo es por naturaleza, y no lo hace de lo que si la tiene, dándole en este último caso una denominación diferente" (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de Julio 18 de 1985)"²*

Como se observa, las prestaciones sociales surgen como una obligación de los empleadores a favor de los empleados por ministerio de la Ley u otro instrumento convencional, siempre que exista entre estos una relación laboral. Sin embargo, es importante resaltar que en razón al diseño del sistema de seguridad social colombiano, las prestaciones relacionadas con las incapacidades laborales y las licencias de maternidad y paternidad, generalmente son asumidas por el sistema de seguridad social integral a través de las Entidades Promotoras de Salud – EPS³.

¹ Ver Resolución 3902 de 2017

² <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13055>

³ Ver Decreto 780 de 2016 Artículos 2.1.13.1, 2.1.13.3., 2.1.13.4. 3.2.1.10



3. De las obligaciones del empleador.

La Ley 100 de 1993, *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*, establece frente al reconocimiento de las prestaciones sociales derivadas de la maternidad o accidentes de trabajo, lo siguiente:

"ARTÍCULO 207. DE LAS LICENCIAS POR MATERNIDAD. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitación UPC.

ARTÍCULO 208. DE LA ATENCIÓN DE LOS ACCIDENTES DE TRABAJO Y LA ENFERMEDAD PROFESIONAL. La prestación de los servicios de salud derivados de enfermedad profesional y accidente de trabajo deberá ser organizada por la Entidad Promotora de Salud. Estos servicios se financiarán con cargo a la cotización del régimen de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, que se define en el Libro Tercero de la presente Ley.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional reglamentará los procedimientos de cobro y pago de estos servicios. La Superintendencia Nacional de Salud vigilará y controlará el cumplimiento de tales normas" (Subraya fuera de texto).

Como se observa, el reconocimiento y pago de las licencias derivadas de la maternidad o accidentes de trabajo, están a cargo del sistema, esto es, de la EPS respectiva; sin embargo, para que estas se puedan disfrutar, durante la vigencia de la relación laboral deben efectuarse, por parte del empleador, las cotizaciones obligatorias al sistema general de seguridad social en salud, en atención a lo señalado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, que al tenor indica:

"ARTICULO. 22.-Obligaciones del empleador. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador" (Subraya fuera de texto).

En este sentido, es claro que para el sistema de seguridad social colombiano el empleador funge como garante de la afiliación de sus empleados, a tal punto que en caso de no realizar las cotizaciones al sistema, debe responder directamente por las prestaciones sociales a sus trabajadores.

4. De la cláusula de Exclusión de Relación Laboral.

Los Convenios de la Administración Pública son negocios jurídicos en los que las partes buscan cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas, o de prestar programas o actividades de interés público, mediante la definición de obligaciones mutuas. Esta relación contractual en ningún modo implica subordinación de una parte sobre la otra.



Es en este sentido que se incluye en el texto de los convenios la *Cláusula de Exclusión de Relación Laboral*⁴, como una manifestación expresa de la autonomía e independencia que existe entre las partes del convenio para el desarrollo de sus obligaciones.

5. De la supervisión en los contratos o convenios frente al reconocimiento de prestaciones sociales.

La Ley 1474 de 2011 "*Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*", en su artículo 83, estableció que con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

De conformidad con lo anterior, la supervisión comprende el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico sobre el cumplimiento del objeto del contrato o convenio. En tal virtud, en el componente de *seguimiento administrativo* de la etapa de ejecución contractual, el supervisor tiene la obligación de **verificar el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad social y salud ocupacional**.

En efecto, así lo dispone la Resolución 515 de 2018, "por la cual se adoptan las medidas y se establecen los lineamientos para la supervisión de los contratos y convenios celebrados por el Departamento para la Prosperidad Social y el Fondo de Inversión para la Paz - FIP" que en su artículo decimo señala:

*"ARTICULO DÉCIMO. - Actividades durante la Etapa de Ejecución Contractual. Corresponderá al Supervisor del Contrato o Convenio el cumplimiento de las siguientes actividades, las cuales pueden adelantarse con contratistas que apoyen la supervisión: (...) 2. Realizar la verificación del cumplimiento de requisitos de perfeccionamiento, y ejecución del contrato y/o convenio, en particular, la constitución de garantías y **la afiliación y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral (Salud, Pensiones y Riesgos laborales)**, según corresponda(...)" (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Se evidencia que la función de supervisión con relación a las obligaciones en materia de seguridad social en los convenios, se limita a la verificación del cumplimiento de las obligaciones de la otra parte contractual frente al sistema de seguridad social integral; luego no le es permitido al supervisor subrogarse frente a la EPS o al empleador en el reconocimiento de prestaciones sociales individuales, toda vez que no es parte, ni es autoridad para hacerlo.

Lo anterior por cuanto de aceptarse la asunción del reconocimiento de las prestaciones sociales del personal vinculado a la otra parte del convenio o contrato, no solo desvirtúa la independencia

⁴ EXCLUSIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL: Las partes manifiestan que entre estas no existe ningún vínculo de tipo laboral y por lo tanto ninguna de ellas tendrá relación de trabajo alguna con el personal que la otra parte firmante del convenio asigne para el cumplimiento y ejecución de sus obligaciones en este convenio. Por lo anterior, le compete de manera exclusiva a cada parte, la responsabilidad del personal que vincule para la ejecución del presente convenio, así como las prestaciones laborales, sociales y la seguridad industrial correspondiente a la actividad que cada una realiza en ejecución del mismo.

A.



y autonomía existente entre los cocontratantes, sino que además alterara las relaciones civiles, comerciales o laborales de aquel tercero, al configurar un claro elemento de relación laboral con Prosperidad Social.

Bajo este contexto, cuando el supervisor incurra en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en la Ley 734 de 2002 que impliquen incumplimiento de los deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones, o violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, impedimentos o conflictos de intereses, podrá dar lugar a la imposición de sanciones, sin perjuicio de la responsabilidad fiscal que se origine cuando, en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, se cause por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado, que comprometa la responsabilidad de la Entidad.

III. CONCLUSIONES.

De conformidad con lo desarrollado a lo largo de este concepto, se establece que Prosperidad Social no debe responder por las incapacidades laborales, licencia de maternidad y demás prestaciones sociales de los contratistas y empleados contratados, o vinculados por los operadores, contratistas, cooperantes y/o asociados para la ejecución de los convenios, toda vez que quien es llamado a concederlas es la correspondiente EPS o en su defecto el empleador, de conformidad con la naturaleza del vínculo.

De otro lado, de reconocerse por parte de Prosperidad Social las referidas prestaciones sociales se desvirtuaría la independencia y autonomía existente entre las partes del convenio o contrato, y se configuraría una relación laboral entre aquel tercero y Prosperidad Social.

Finalmente, se recuerda que cuando el supervisor incurra en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en la Ley 734 de 2002 que impliquen incumplimiento de los deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones, o violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, impedimentos o conflictos de intereses, podrá dar lugar a la imposición de sanciones, sin perjuicio de la responsabilidad fiscal que se origine cuando, en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, se cause por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico; constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por la Ley 1755 de 2015.

Atentamente,

LUCY EDREY ACEVEDO MENESES
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Antonio Gil.

Revisó: Omar Barón

OFICINA ASESORA JURIDICA

Commutador (57 1) 5960300 Ext.

- Fax Ext. 7102 - Carrera 13 No. 66 - 67 Código Postal 110221 Bogotá D.C. - Colombia

www.prosperidadsocial.gov.co

