



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No. 20181900037853
Fecha: 2018-04-05 09:57:25 AM

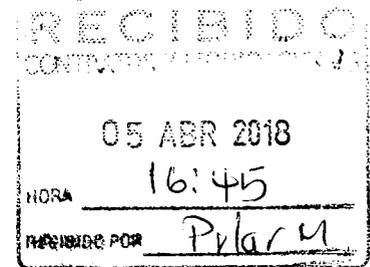
MEMORANDO

Bogotá D.C. 5 de abril de 2018

PARA: ANYI CATALINA CARRERA JURADO
Subdirectora de Contratación

DE: JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

ASUNTO: Concepto jurídico sobre obligaciones de Prosperidad Social en los convenios de asociación referentes a diversas situaciones de estabilidad reforzada del personal vinculado por la entidad sin ánimo de lucro



En atención a su solicitud, elevada mediante memorando M-2018-2101-000083 de marzo 15 de 2018, en la que requiere emitir concepto relacionado con las obligaciones de Prosperidad Social en los convenios de asociación referentes a diversas situaciones de estabilidad reforzada del personal vinculado por la entidad sin ánimo de lucro, se emite el respectivo concepto en los siguientes términos:

I. PROBLEMA JURÍDICO.

1. ¿Qué responsabilidad recae en la Entidad, cuando las personas contratadas por el asociado, resultan en estado de embarazo, o con incapacidades causadas por enfermedad o accidente de trabajo?
2. ¿A qué se encuentra el DPS, obligado legalmente, tanto con el asociado como con el personal contratado por este frente a dicha situación?
3. ¿Está obligado el DPS, a prorrogar el convenio de asociación suscrito, con el único fin de garantizar la vinculación de las personas contratadas por el asociado, por virtud de la situación descrita?
4. ¿Está obligado el DPS a garantizar de alguna manera la continuidad laboral de las personas contratadas por prestación de servicio por el asociado?

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 incapacidades por accidente de trabajo o enfermedad laboral.

El artículo 8º del Decreto Ley 1295 de 1994 señala que "son Riesgos Profesionales el accidente que se produce como consecuencia directa del trabajo o labor desempeñada, y la enfermedad que haya sido catalogada como profesional por el Gobierno Nacional"; en oposición, el artículo 12 del Decreto Ley en comento, cataloga como enfermedad o patología, accidente o muerte de origen común, toda aquella que no hayan sido clasificados o calificados como de origen profesional.

15



Ahora bien, el artículo 3 de la Ley 1562 de 2012, por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional, define el accidente de trabajo en los siguientes términos:

"Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte.

Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.

También se considerará como accidente de trabajo el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función.

De igual forma se considera accidente de trabajo el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión."

Por su parte, en el artículo 4 de la Ley 1562 de 2012, se concreta el alcance de la enfermedad laboral, de la siguiente manera:

"Es enfermedad laboral la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar. El Gobierno Nacional, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales y en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional serán reconocidas como enfermedad laboral, conforme lo establecido en las normas legales vigentes.

Parágrafo 1º. El Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Riesgos Laborales, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales.

Parágrafo 2º. Para tal efecto, El Ministerio de la Salud y Protección Social y el Ministerio de Trabajo, realizará una actualización de la tabla de enfermedades laborales por lo menos cada tres (3) años atendiendo a los estudios técnicos financiados por el Fondo Nacional de Riesgos Laborales."

Ahora bien, ante la ocurrencia de los eventos descritos en líneas precedentes, la Ley 776 de 2002, en sus artículos 2, 5 y 9 clasifica aquel cuadro agudo de la enfermedad o lesión que presenta el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, que le impide desempeñar su capacidad laboral de conformidad con el tiempo que esta se prolonga. Así, la incapacidad derivada del accidente de trabajo o de la enfermedad laboral, puede ser temporal, permanente parcial o permanente.

Ante las incapacidades temporales el artículo 4 de dicha Ley manifiesta que al terminar el período de incapacidad, **los empleadores están obligados, si el trabajador recupera su capacidad**

B.



de trabajo, a ubicarlo en el cargo que desempeñaba, o a reubicarlo en cualquier otro para el cual esté capacitado, de la misma categoría.

De conformidad con lo anterior, la ocurrencia de un accidente de trabajo o una enfermedad laboral, da lugar a una incapacidad que impedirá la prestación del servicio por parte del trabajador.

2. De la estabilidad reforzada por incapacidades derivadas de accidente de trabajo o enfermedad laboral.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, establece la estabilidad laboral reforzada para las personas en situación de discapacidad, en los siguientes términos:

"En ningún caso la <discapacidad> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha <discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, 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.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su <discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren." (Subrayado fuera de texto).

Como se observa el anterior referente legal consagra la estabilidad laboral reforzada para las personas en situación de discapacidad, pero, evidentemente, no están en la misma situación los trabajadores que tienen una incapacidad laboral, especialmente cuando ésta es temporal.

Sin embargo, por vía jurisprudencial la Corte Constitucional extendió esta protección a los trabajadores que se encuentren en una circunstancia de debilidad manifiesta, mediante la Sentencia T-1040 de 2001, al señalar lo siguiente:

"Estos sujetos de protección especial a los que se refiere el artículo 13 de la Constitución, que por su condición física estén en situación de debilidad manifiesta, no son sólo los discapacitados calificados como tales conforme a las normas legales. Tal categoría se extiende a todas aquellas personas que, por condiciones físicas de diversa índole, o por la concurrencia de condiciones físicas, mentales y/o económicas, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Así mismo, el alcance y los mecanismos legales de protección pueden ser diferentes a los que se brindan a través de la aplicación inmediata de la Constitución. (...)

En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados." (Subrayado fuera del texto)

De conformidad con lo anterior, la Corte Constitucional ordenó el reintegro de la trabajadora, considerando ineficaz su despido, aplicando de esta manera la protección laboral reforzada establecida en la Ley 361 de 1997. Posición que se ha mantenido desde ese entonces en la



Corporación, como se evidencia en las Sentencias T- 519 de 2003, T -351 de 2003, T- 198 de 2006, T- 361 de 2008, T- 613 de 2011, entre otras.

Finalmente, la Corte Constitucional unificó la jurisprudencia sobre la materia, mediante la Sentencia SU- 049 del 2 de febrero de 2017, indicando lo siguiente:

"El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a "la estabilidad en el empleo" (CP art 53); en el derecho de todas las personas que "se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta" a ser protegidas "especialmente" con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad "real y efectiva" (CP arts. 13 y 93); en que el derecho al trabajo "en todas sus modalidades" tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de "condiciones dignas y justas" (CP art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de "integración social" a favor de aquellos que pueden considerarse "disminuidos físicos, sensoriales y síquicos" (CP art 47); en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts. 1, 53, 93 y 94); en el deber de todos de "obrar conforme al principio de solidaridad social" (CP arts. 1, 48 y 95).

(...) 4.9. Quien contrata la prestación de un servicio personal –con o sin subordinación- debe tener presente que adquiere con la persona que se lo presta una relación relevante a la luz de la Constitución, pues adquiere el deber de actuar con solidaridad cuando las circunstancias se lo requieran, y sus relaciones deben entonces trascender el principio de utilidad que en general es válido observar en los actos contractuales que desarrolle, y en las relaciones patrimoniales de disposición de sus bienes económicos. Una persona en condiciones de salud que interfieran en el desempeño regular de sus funciones se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta no solo porque esto puede exponerla a perder su vínculo, como lo muestra la experiencia relacionada en la jurisprudencia constitucional, sino además porque le dificulta la consecución de una nueva ocupación con base en sus facultades, talentos y capacidades humanas, que le depare los bienes suficientes para satisfacer sus necesidades básicas, con lo cual está en riesgo no solo su estabilidad y su dignidad, sino incluso su propia subsistencia, y su seguridad social.

(...) la Corte Constitucional considera que la estabilidad ocupacional reforzada no se ha de limitar a quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, sino a todas las personas en condiciones de debilidad manifiesta, evaluadas conforme a los criterios antes indicados y desarrollados por la jurisprudencia constitucional.

5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación.

(...) En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo. De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes.

(...) 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).

Por lo cual como había manifestado esta Oficina Asesora Jurídica en el concepto No. 20171900195933 del 31 de agosto de 2017, los trabajadores que se encuentran con una incapacidad laboral temporal, gozan del fuero de estabilidad ocupacional reforzada, por lo que no es posible dar por terminado su contrato de trabajo salvo que se configure alguna de las causales objetivas para ello, vale decir las señaladas en los artículos 61 y 62 del C.S.T. En el caso de las referidas en el artículo 62 además se debe contar con la autorización previa del inspector de trabajo.

Esta protección opera en cualquiera de las modalidades que asume el contrato de trabajo de conformidad con lo previsto en la ley y su vulneración dará lugar, eventualmente, a la indemnización de perjuicios, pago de prestaciones sociales y al reintegro.

3. Estabilidad laboral reforzada en el caso de las mujeres embarazadas.

La Corte Constitucional mediante la Sentencia SU-070 de 2013, determinó que la garantía de estabilidad reforzada de la mujer en estado de gestación es aplicable sin importar la modalidad de alternativa laboral¹ en la que se encuentre la gestante, es decir, se extiende también a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo, e incluso por contratos de trabajo o prestación a término fijo. Al respecto señaló:

“Bajo esta idea, y con el fin de extender la protección general que la Constitución dispone para las mujeres gestantes en materia laboral, la jurisprudencia ha desarrollado conceptualmente dos sencillas premisas, que permiten aplicar la lógica de las garantías generales derivadas de la legislación laboral, a los demás casos de alternativas de trabajo de estas mujeres. La primera de estas premisas consiste en asumir que las modalidades de contratación por medio de empresas de cooperativas de trabajo asociado o servicios temporales implican en principio la existencia de una relación laboral sin causales específicas de terminación entre la empleada embarazada y estas empresas. Y la segunda establece que cuando en algunos contratos con fecha o condición específica de terminación (por ejemplo los laborales a término fijo o los de obra o los de prestación de servicios), la necesidad del servicio o de la obra pendiente de realizar o del objeto del contrato, desaparece en momentos en que la empleada o contratista ha quedado en embarazo y es posible presumir que la falta de renovación del contrato se dio por razón del embarazo.”

“Lo anterior ha permitido que la Corte adopte medidas de protección de la alternativa laboral de las mujeres gestantes, las cuales giran en torno a dos alternativas genéricas. La primera, que se reconozcan las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento en que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad; y la

¹ La Corte Constitucional en Sentencia SU-070 de 2013, para efectos de la protección a la mujer en estado de gestación, se refiere a la alternativa laboral como: *“...la Corte ha protegido todas las modalidades de alternativa laboral (contrato a término indefinido, a término fijo, por obra o labor contratada, contrato de prestación de servicios y vinculaciones por relación legal o reglamentaria)”*

A

S



segunda, se ordene el reintegro de la mujer embarazada o la renovación de su contrato, a menos que se demuestre que el reintegro o la renovación no son posibles.

(...) Esto implica que la Corte ha decidido aplicar la lógica de las medidas protectoras que el derecho laboral ha dispuesto para los casos de los denominados despidos sin justa causa, que buscan en últimas garantizar la estabilidad del trabajador. **De este modo, en consideración de que las alternativas laborales protegidas por la Constitución no se circunscriben únicamente a la relación laboral sino también a otras opciones de subsistencia como el contrato de prestación de servicios, de cooperativismo, de servicios temporales, entre otros, entonces resulta procedente la aplicación de las medidas propias de estabilidad en relaciones laborales, a alternativas laborales sustentadas en relaciones contractuales distintas al contrato de trabajo.** (Negrilla y subrayas fuera del texto original)

Como se observa, lo que se pretende proteger con la estabilidad laboral reforzada es la protección integral a la maternidad, con el fin de evitar que por la razón del embarazo los empleadores o contratantes no renueven el vínculo laboral o contractual.

No obstante, esta protección no es incondicional y absoluta, pues, el empleador o contratante, podrán demostrar que el reintegro o la renovación del contrato de las trabajadoras o contratistas gestantes no es posible por causas objetivas o materiales, en atención a las características de cada empleo o contrato.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-082 de 2012, al analizar el caso concreto, señaló que **“la desvinculación de la peticionaria no ocurrió debido a una discriminación de orden subjetivo, en la medida en que la separación del cargo no tuvo relación alguna que haya sido probada en el expediente con su estado de embarazo, sino que por el contrario se debió a una causa objetiva, general y legítima que no dependía de la liberalidad del empleador.”**

En otro pronunciamiento, la Corte Constitucional concluye que no existe ánimo discriminatorio en contra de la contratista, cuando logra probarse que su estado de embarazo no fue la causa que motivó la no renovación del contrato, sino debido a la desaparición de la causa y el objeto del contrato:

“4.3.5. En consecuencia, para esta Sala no es posible concluir que la actuación de la asociación accionada hubiera tenido como fundamento el estado de embarazo de la actora y que, como tal, fuera un acto discriminatorio en su contra. Por el contrario, dado el carácter netamente civil de la relación contractual entre las partes y no hallando esta Sala indicio alguno de que se estuviera encubriendo la existencia de una relación laboral entre la peticionaria y PROACTIVA -como lo pretende hacer ver la accionante en su demanda de tutela-, la no renovación del contrato de la señora Olmos tuvo como fundamento una justificación válida como lo fue la desaparición de la causa y el objeto del contrato.”²

En concordancia con esta jurisprudencia, la estabilidad laboral reforzada en el caso de los contratos de prestación de servicios implica una obligación constitucional por parte del empleador o contratante para con la trabajadora o contratista embarazada, fundado en el principio de solidaridad. Esta protección no implica una carga absoluta para el empleador o contratante, toda vez que si no es posible renovar el contrato por la desaparición de la causa y el objeto del mismo,

² Corte Constitucional Sentencia T-222 de 2012



no se estarían trasgrediendo los principios constitucionales sobre los cuales se sustentó el precedente jurisprudencial.

Sin embargo, en atención a los preceptos señalados en la Sentencia SU-070 de 2013, en caso de que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrar **en vía judicial** la existencia de un contrato realidad, la Corte Constitucional dispuso que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las características del contrato de prestación de servicios, se encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

Bajo este contexto, el empleador o contratante deben acudir a las reglas establecidas en el numeral 5.3.2 de la Sentencia SU-070 de 2013, en la cual, se fijan las hipótesis de aplicación de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo.

Finalmente, se destaca que en virtud del principio de solidaridad, resulta viable ordenar por parte del juez, el pago de 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.

4. Relación entre las partes de un convenio de asociación.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera en la sentencia del 23 de junio de 2010³, señaló que el convenio es una forma de gestión conjunta en la que las Entidades Estatales logran la consecución de objetivos comunes, ya sea asociándose entre sí o entre éstas y particulares. Esto quiere decir que el convenio se caracteriza por ser un negocio jurídico en el que media un acuerdo de voluntades y es generador de obligaciones a cargo de cada una de las partes que lo integran.

Dentro de las diferentes tipologías contractuales previstas por nuestro ordenamiento jurídico, los convenios con entidades privadas sin ánimo de lucro, tiene su génesis en el artículo 355 de la Constitución Política reglamentado por los Decretos 777 y 1403 de 1992, regulación hoy derogada por el artículo 11 del Decreto 092 de 2017. No obstante, el presente concepto no se referirá a la nueva reglamentación en atención al marco factico definido por la Subdirección de Contratación en su solicitud de concepto.

Bajo el anterior marco, se precisa que los convenios regulados por el procedimiento establecido en los Decretos 777 y 1403 de 1992, son de dos tipos a saber, convenios de apoyo y los convenios de asociación. El primero de ellos tiene su fundamento en el artículo 355 de la Constitución Política, y busca impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo a través de la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. De otro lado, los convenios de asociación encuentran

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicación número: 66001-23-31-000-1098-00261-01(17860); C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá D.C.



su fundamento en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley.

Como se observa, el desarrollo conjunto de actividades persigue un objetivo común que únicamente beneficia a las personas en situación de pobreza extrema y demás población objeto del sector de inclusión social y reconciliación, y no al Departamento Administrativo de Prosperidad Social, quien únicamente interviene proporcionando los recursos, formulando y coordinando una política de superación de la pobreza en la que se enmarca el apoyo y ayuda de diferentes actores sociales, como las entidades sin ánimo de lucro.

La anterior afirmación se realiza a la luz de lo preceptuado por el artículo 2 del Decreto 777 de 1992, el cual señala que cuando los contratos que las entidades públicas celebran con personas privadas sin ánimo de lucro, impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, no serán aplicables las disposiciones de la normatividad en comento. Lo anterior incluye la presunción legal establecida en el artículo 8 del Decreto 777 de 1992, por la cual, la **entidad pública contratante no contrae ninguna obligación laboral con las personas que el contratista vincule para la ejecución del contrato**, pues no existe una relación de subordinación entre estas y la entidad pública.

Ahora bien, como se desarrolla en el presente apartado, entre los dos extremos de la relación del convenio de asociación existe una relación de cooperación, que no engendra obligaciones laborales a favor del personal vinculado por las entidades privadas sin ánimo de lucro por parte del Departamento Administrativo de Prosperidad Social. Es decir, en el presente caso las medidas para garantizar la protección reforzada descrita en los numerales 2 y 3 de este concepto, recaen de manera exclusiva en las entidades privadas sin ánimo de lucro.

Lo anterior sin perjuicio de que en caso de no cumplirse con la condición señalada en líneas precedentes, es decir que la actividad convenida implique una contraprestación directa a favor de la entidad pública, se podría incurrir en vía judicial en una responsabilidad solidaria⁴ por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores al tenor del artículo 34⁵ del Código Sustantivo del Trabajo.

⁴ Corte Suprema de Justicia Sala Laboral. sentencia de Junio 1 de 2016 Radicado SL-77892016 (49730). Bogotá.

⁵ "Artículo 34. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos de sus trabajadores y no representantes ni simples intermediarios, las personas que contraten la ejecución de una o varias obras o labores en beneficio ajeno por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. **Peró el beneficiario del trabajo, dueño de la obra o base industrial a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores**". (Negrilla y subrayas fuera del texto original)



5. Obligación de supervisión de Prosperidad Social frente a las entidades privadas sin ánimo de lucro.

Esta Oficina Asesora Jurídica se pronunció sobre la materia mediante el concepto No. 20181900037393 del 22 de marzo de la presente anualidad en los siguientes términos:

"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.**"*

Concluyendo 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.

III. CONCLUSIONES.

De conformidad con lo desarrollado a lo largo de este concepto, se da respuesta a las consultas planteadas, de la siguiente manera:

1. ¿Qué responsabilidad recae en la Entidad, cuando las personas contratadas por el asociado, resultan en estado de embarazo, o con incapacidades causadas por enfermedad o accidente de trabajo?

Prosperidad Social no tiene la responsabilidad de garantizar las medidas para materializar la protección reforzada del personal vinculado por la entidad privada sin ánimo de lucro, pues, la referida figura es una obligación que recae en quien obra como empleador o contratante, naturaleza ajena a Prosperidad Social quien posee una relación de cooperación con la entidad privada sin ánimo de lucro, no engendrando obligaciones laborales a favor del personal vinculado por las referidas entidades privadas.

2. ¿A qué se encuentra el DPS, obligado legalmente, tanto con el asociado como con el personal contratado por este frete a dicha situación?

De conformidad con lo señalado por esta Oficina Asesora Jurídica, mediante el concepto No. 20181900037393 del 22 de marzo de la presente anualidad, la obligación principal de Prosperidad Social, a través del ejercicio de la supervisión, se limita a la verificación del cumplimiento de las obligaciones de la otra parte contractual frente al Sistema de Seguridad Social Integral.

A.



3. ¿Está obligado el DPS, a prorrogar el convenio de asociación suscrito, con el único fin de garantizar la vinculación de las personas contratadas por el asociado, por virtud de la situación descrita?

Si bien es viable la modificación del Convenio para variar sus límites temporales y, por tanto, para ampliar los plazos de ejecución del mismo, las razones de esta modificación deben ser coherentes con el objeto del convenio, es decir deben procurar la satisfacción de la necesidad que dio origen al convenio.

En este sentido, la generación de prorrogas o adiciones a los convenios de asociación no puede ser motivada de manera exclusiva en circunstancias derivadas de la protección reforzada del personal vinculado por la entidad sin ánimo de lucro, pues esta circunstancia es un riesgo operacional previsible que debe ser asumido por la entidad sin ánimo de lucro.

4. ¿Está obligado el DPS, a garantizar de alguna manera la continuidad laboral de las personas contratadas por prestación de servicios por el asociado?

En atención a que Prosperidad Social no es responsable de garantizar las medidas para materializar la protección reforzada del personal vinculado por la entidad privada sin ánimo de lucro, estas medidas deben ser adoptadas por quien obra como empleador o contratante.

Para finalizar, la Oficina Asesora Jurídica recomienda incorporar en el clausulado de los convenios de asociación que se suscriban en lo sucesivo, la obligación expresa en cabeza exclusivamente de la entidad sin ánimo de lucro, de dar cumplimiento a las disposiciones normativas y jurisprudenciales que regulan la estabilidad laboral reforzada, tanto en los casos de incapacidades por accidente de trabajo o enfermedad general, como en los de licencia de maternidad y paternidad y demás de similar naturaleza, advirtiendo que en caso de acciones judiciales, se mantendrá indemne a Prosperidad Social.

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