



MEMORANDO

Bogotá D.C., 22 de octubre de 2018

Para:

JAIME JESUS BARRERO DEL VALLE

Director Técnico

Dirección de Inclusión Productiva

De: Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Concepto jurídico sobre estabilidad laboral reforzada del personal vinculado por el asociado en los convenios de asociación.

En atención a su solicitud elevada mediante memorando M-2018-4300-000690 de septiembre 7 de 2018, en la que requiere emitir un alcance a los conceptos jurídicos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica en relación con la estabilidad laboral reforzada del personal vinculado por la entidad sin ánimo de lucro dentro de la ejecución de los convenios de asociación; emito el respectivo concepto en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES

Mediante memorando M-2018-4300-000690 de septiembre 7 de 2018, la Dirección de Inclusión Productiva solicita emitir un alcance a los conceptos jurídicos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica mediante los radicados 20181900037393 y 20181900037853 del 22 de marzo y del 5 de abril del año en curso respectivamente, a fin de atender los siguientes interrogantes:

"En desarrollo de los convenios de asociación celebrados en vigencia de los Decretos 777 de 1992 y 092 de 2017, ¿Los gastos derivados de la ejecución del convenio por concepto de estabilidad reforzada por maternidad o incapacidad del personal vinculado por el asociado, deben ser reconocidos por Prosperidad Social y por lo tanto incluidos en el presupuesto del convenio?"

¿De acuerdo con la naturaleza de los convenios, el fuero de maternidad del personal vinculado por el asociado a través de contratos de prestación de servicio y/o contrato laboral, constituye un riesgo previsible de la operación (ejecución del convenio) que debe ser asumido por el asociado?"

Es importante tener en cuenta que el interrogante resuelto por la Oficina Asesora Jurídica en el concepto con radicado 20181900037853 del 5 de abril de 2018, hacía referencia al negocios jurídicos formalizados en vigencia del Decreto 777 de 1992 y trataba de las tipologías contractuales previstas por nuestro ordenamiento jurídico, para los convenios con entidades privadas sin ánimo de lucro, que tiene su génesis en el artículo 355 de la Constitución Política reglamentado por los Decretos 777 y 1403 de 1992, y no por la nueva reglamentación contenida en el Decreto 092 de 2017.



II. PROBLEMA JURÍDICO.

Los interrogantes formulados por la Dirección de Inclusión Productiva, se pueden sintetizar en el siguiente problema jurídico:

¿Los gastos derivados de la ejecución del convenio de asociación por concepto de las medidas de protección de la estabilidad laboral por maternidad del personal vinculado por el asociado, deben ser reconocidos por Prosperidad Social o deben ser asumidos por el asociado bajo el entendido de que estos son riesgos previsibles de la operación (ejecución del contrato)?

En este orden de ideas, procede la Oficina Asesora Jurídica a emitir el respectivo concepto.

I. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

1. Cambios implementados por el Decreto 092 de 2017.

El 23 de enero de 2017, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 092 de 2017, por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política; la alusiva normatividad aclaró los procesos de contratación pública para las figuras que la doctrina ha denominado contratos de apoyo y convenios de asociación, por lo cual se considera pertinente precisar el tratamiento brindado a los convenios de asociación por la nueva normatividad.

a. Convenios de asociación.

La figura de los convenios de asociación con personas jurídicas particulares prevista en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, fue objeto de análisis por la Corte Constitucional, quien en Sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999, señaló:

*"(...) se observa por la Corte que la autorización que en su inciso primero se otorga a entidades estatales para que con observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución **pueden (sic) celebrar convenios de asociación con personas jurídicas de derecho privado o participen en la creación de personas jurídicas de este carácter para desarrollar actividades propias de 'los cometidos y funciones' que la ley asigna a las entidades estatales**, no vulnera en nada la Carta Política, por cuanto se trata simplemente de un instrumento que el legislador autoriza utilizar para el beneficio colectivo, es decir, en interés general y, en todo caso, con acatamiento a los principios que rigen la actividad administrativa del Estado.*

*(...) De la misma manera, si el legislador autoriza la asociación de entidades estatales con personas jurídicas particulares con las finalidades ya mencionadas, estableció, en defensa de la transparencia del manejo de los dineros públicos, que los convenios de asociación a que se hace referencia serán celebrados 'de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política', lo que significa que no podrá, en ningún caso pretextarse la celebración de los mismos para otorgar o decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, de una parte; y, de otra, el acatamiento a la disposición constitucional mencionada, impone la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, **pero 'con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo', tal cual lo ordena el citado artículo 355 de la Carta Política**"¹.*

Como se observa, la remisión realizada por el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, condiciona a que los convenios de asociación se celebren de acuerdo con el artículo 355 de la Constitución; esta referencia a la norma constitucional alude a la prohibición de efectuar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 1999



Sin embargo, a diferencia de la figura reglamentada en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, el primer inciso del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 permite la celebración de los convenios de asociación con personas jurídicas particulares, lo cual significa que se refiere tanto a las personas jurídicas privadas con ánimo de lucro, sociedades comerciales como a las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro. El artículo también dispone que tales convenios se realizan "para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas (se alude a las entidades estatales) la ley", como lo afirmó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado².

Ahora bien, en vigencia del Decreto 777 de 1992, se evidenciaba una diferencia entre el tratamiento legal que se brindaba a los convenios en razón a la naturaleza de la entidad particular con la que se contrataba, en este sentido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, señaló:

"En una necesaria interpretación de la norma, habrá que entender que el segundo inciso cuando alude al artículo 355 de la Carta, está regulando los convenios de asociación celebrados con las entidades privadas sin ánimo de lucro, en los términos y con los requisitos descritos en ella. Por lo tanto, los convenios o contratos de asociación celebrados con otros contratistas diferentes a los previstos en la norma constitucional se regularán, como regla general, por lo dispuesto en el primer inciso de este artículo 96, y por el Estatuto General de Contratación de la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, salvo norma legal especial en contrario.

No hay que olvidar que según los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, esta regula todos los contratos estatales, típicos, atípicos, nominados o innominados, que surjan de la autonomía de la voluntad, salvo que tengan un régimen especial consagrado en la Constitución o en la ley.

Los elementos de los convenios de asociación que son objeto de consulta, son fijados por las partes, de acuerdo con lo establecido por el inciso segundo del citado artículo 96, pues este señala que "en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes".³

Es decir, los convenios de asociación realizados con entidades particulares diferentes a las entidades sin ánimo de lucro se regían por lo dispuesto en el primer inciso del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, y por el Estatuto General de Contratación de la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, salvo norma legal especial en contrario.

De otro lado, los convenios de asociación realizados con entidades sin ánimo de lucro se encontraban sometidos a las restricciones establecidas en el Decreto 777 de 1992, tal como lo manifestó el Consejo de Estado en el Concepto del 23 de febrero de 2006, al señalar que:

"el artículo 96 de la ley 489 de 1998, dispone que, de conformidad con lo estatuido por el artículo 355 de la Constitución Política, las entidades estatales pueden asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que la ley le asigna a aquellas, por lo cual dichos convenios y su ejecución necesariamente han de realizarse dentro del contexto de la disposición constitucional a la que se remite y las restricciones del decreto 777 de 1.992 y normas exceptivas concordantes, de manera que aunque en la suscripción del convenio de asociación debe establecerse su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y demás aspectos pertinentes, la posibilidad de aportes en común no puede interpretarse como transferencia de recursos, en la forma particular que se entiende para esta singular figura, es decir, como el otorgamiento de auxilios o donaciones".⁴

² CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá D.C., concepto treinta (30) de mayo de dos mil diecisiete (2017) CP. Édgar González López; Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00221-00(2319)

³ Ibidem.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá D.C., concepto del veintitrés (23) de febrero de dos mil seis (2006), CP. Luis Fernando Álvarez Jaramillo; Radicación número: (1710).



En la actualidad el artículo 8 del Decreto 092 de 2017, amplía el marco regulatorio de los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir actividades propias de Entidades Estatales, al someterlos a las normas generales del sistema de contratación pública exceptuando lo reglamentado expresamente en el decreto en comento, especialmente lo señalado en los artículos 5, 6, 7 y 8.

De este modo, es importante recordar que si bien estos convenios se encuentran sometidos a las normas generales del sistema de contratación pública, mantienen sus características propias, las cuales hacen incompatible la utilización de algunas figuras propias de los contratos conmutativos. Tal como se infiere de la restricción sobre la aplicación de los Acuerdos Comerciales señalados en la "Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad" expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– para la aplicación del Decreto 092 de 2017. La cual al tenor señala:

*"Así mismo, los Acuerdos Comerciales no son aplicables a los contratos de **colaboración ni a los convenios de asociación, pues estos sólo resultan aplicables a los Procesos de Contratación en virtud de los cuales una Entidad Estatal adquiere o se abastece de un bien, obra o servicio a través de un contrato conmutativo**" (Marcación intencional)*

En conclusión, los convenios de asociación solo podrán ser celebrados por las entidades públicas cuando su objeto esté relacionado con los programas del respectivo plan de desarrollo o con los cometidos y funciones legales de la entidad, y que cumplan los demás requisitos establecidos en el artículo 355 de la Carta y lo dispuesto por el Decreto 092 de 2017 y las normas generales del sistema de contratación pública, siempre y cuando las mismas sean compatibles con la naturaleza de estos.

2. Protección a la maternidad

La Corte Constitucional ha demarcado el contenido del derecho a la estabilidad laboral reforzada a través de las siguientes dimensiones:

- "(i) el derecho a conservar el empleo;*
- (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad;*
- (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y **siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y;***
- (iv) a **que la autoridad laboral competente autorice el despido,** con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz".*

Ahora bien, las situaciones de vulnerabilidad que activa la presente garantía son variadas entre ellas encontramos por ejemplo la mujer en estado de embarazo, los directivos de los sindicatos o los trabajadores que sufren de alguna discapacidad, o condiciones que los coloque en desventaja frente a otros trabajadores.

Sobre este último es importante recordar que, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no se predica únicamente de las personas en situación de invalidez, "sino de todos aquellos que (i) tengan una afectación en su salud; (ii) esa circunstancia les "impida[e] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares"; y se tema que, (iii) en esas condiciones particulares, puedan ser discriminados por ese solo hecho"⁵].

Como se observa el derecho a la estabilidad laboral reforzada es una garantía que protege al trabajador de situaciones que presuntivamente encubren una forma de discriminación y se activa para el trabajador, cuando el empleador omite procedimientos requeridos por el ordenamiento jurídico para materializar la terminación del contrato laboral o contrato de prestación de servicios; sin embargo, no se debe olvidar

⁵ Sentencia T-784 de 2009



que la forma de vinculación es uno de los factores determinantes del alcance y el tipo de consecuencias que engendra la protección constitucional.

En este sentido es pertinente remitirnos a las subreglas fijadas en la sentencia SU-070 de 2013 y retomadas por la sentencia T-030 de 2018, las cuales señalan los escenarios en los que se puede materializar la protección por estabilidad laboral reforzada en el evento de las mujeres en estado de embarazo de acuerdo a la modalidad del vínculo contractual que exista entre las partes.

En lo que respecta al **contrato a término indefinido** desarrolla dos hipótesis donde se activa la garantía constitucional de la estabilidad laboral reforzada, a saber:

"a) **Cuando** el empleador **conoce** en desarrollo de la alternativa el estado de gestación de la empleada, y la despide sin la previa calificación de justa causa por parte del inspector del trabajo.

En tal evento, señala la SU-070 de 2013, que "se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación."

b) Cuando el empleador **no conoce** en desarrollo de la alternativa laboral el estado de gestación. Caso en el cual se aprecian los siguientes supuestos:

i) El empleador adujo justa causa y **NO conoce** el estado de gestación de la empleada: Solo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; la discusión sobre la configuración de la justa causa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.

ii) El empleador **NO** adujo justa causa y **NO conoce** el estado de gestación de la empleada: Caso en el cual la protección consistirá en la orden de reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación. A su vez de esta regla de divide otra subregla que señala que "si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, se ordenará el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, los cuales serán compensados con las indemnizaciones recibidas por concepto de despido sin justa causa."⁶

De otro lado, y en lo referente al **contrato de término fijo** se indican las siguientes dos hipótesis:

"a) Cuando el empleador conoce en desarrollo de la alternativa laboral el estado de gestación de la trabajadora, se establecen las siguientes alternativas de resolución:

2.1.1 Si la desvincula antes del vencimiento del contrato sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.

2.1.2 Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa el vencimiento del plazo pactado: En este caso el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral."

*Ha establecido la Corte Constitucional que si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que persisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Por el contrario, si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y **deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad**, por último:*

⁶ Sentencia T-030 de 2018



"Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T."

b) Cuando el empleador **NO conoce** en desarrollo de la alternativa laboral, el estado de gestación. Ante el presente supuesto existen tres hipótesis:

i) Si la desvincula antes del vencimiento del contrato, sin justa causa: Solo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen. También se puede ordenar el pago de las indemnizaciones por despido sin justa causa.

ii) Si la desvincula antes del vencimiento del contrato y alega justa causa distinta a la modalidad del contrato: Solo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa causa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.

iii) Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando esto como una justa causa: La protección consistirá mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen. En este caso no procede el pago de los salarios dejados de percibir, porque se entiende que el contrato inicialmente pactado ya había terminado."⁷

Finalmente, en el supuesto de vinculación de una mujer lactante o gestante, mediante **contrato de prestación de servicios**, se deben contemplar dos eventos en atención a si dentro del proceso se logra demostrar la existencia de un contrato realidad⁸.

De este modo, si se declara la existencia de un contrato realidad por parte del juez de tutela la Corte Constitucional ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo señaladas en las líneas precedentes del presente concepto.

Ahora bien, en caso de no demostrarse la existencia de un contrato realidad, es pertinente remitirse a lo señalado por la sentencia T-350 de 2016, donde la Corte dispuso que las mujeres en embarazo o en lactancia que desarrollen sus labores bajo la modalidad de prestación de servicios, no pueden ser despedidas tras el argumento que el plazo llegó a su fin, toda vez que, el empleador debe demostrar que no subsiste el objeto para el cual se suscribió el contrato, y que las causas que originaron la contratación desaparecieron:

"En todo caso, la Sala considera que en el evento en que el objeto de la prestación de servicios no desaparezca, debe entenderse que la madre gestante o en periodo de lactancia tiene derecho al pago de honorarios desde el momento mismo de la renovación de contratos, o la firma de otros distintos que encubren la continuidad en el desarrollo del mismo."⁹

De igual manera, en la sentencia en comento se señaló como requisito para alegar el cumplimiento del plazo contractual como justa causa para la no renovación de un contrato de prestación de servicios de una mujer, cuando adicionalmente cuenta con el permiso del inspector de trabajo (Ministerio de Trabajo) para tal fin.

Como se observa las medidas de protección de la estabilidad laboral reforzada que generan consecuencias patrimoniales devienen de la actuación que el empleador despliega, de este modo de

⁷ Ibidem

⁸ Sentencia SU-070 de 2013.

⁹ Sentencia T-350 de 2016, en concordancia con las providencias T-715 de 2013, y SU 070 de 2013.



conformidad con lo señalado en el presente concepto podemos encontrar las siguientes consecuencias patrimoniales.:

La primera relacionada con la acción indemnizatoria cuando se configuran los supuestos establecido en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.

La segunda, cuando lo que debe reconocerse a favor de la accionante y a cargo del empleador, son las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad.¹⁰

Bajo estos supuestos resulta claro, que si bien el reconocimiento y pago de las licencias derivadas de la maternidad o accidentes de trabajo, consecuencias prestacionales de la estabilidad laboral reforzada están a cargo del sistema de seguridad social integral, esto es, de la EPS o ARL respectiva como señalo en el concepto 20181900037393 de 2018, la obligación de realizar las prestaciones económicas en materia de seguridad social recae en **el empleador** 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).

Esta obligación, en los casos de contratos de prestación de servicios, se cumple con la retención y giro de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral a través de la Planilla Integral de Liquidación de Aportes (PILA) de los trabajadores independientes con contrato de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante, de conformidad con lo establecido en el artículo 2¹¹ del Decreto 1273 de 2018, por el cual se adiciona el Título 7 a la Parte 2 del Libro 3 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social."

En este sentido, el empleador funge como garante de la afiliación de sus empleados a fin de garantizar la cobertura de las contingencias ocasionadas por la pérdida de capacidad laboral, señaladas en la Ley 100 de 1993, garantizando un ingreso que le permite vivir de manera digna y solventar sus necesidades vitales, encontrándose así materializado el mandato previsto en la Carta Política de brindar especial protección a las personas en estado de vulnerabilidad.

3. De la solidaridad (artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo).

En este punto es importante precisar que la figura jurídica de la solidaridad contenida en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo no puede asimilarse ni confundirse con la vinculación laboral, pues tiene un alcance y consecuencias distintas. En este sentido, el obligado solidario no es más que un garante para el pago de las acreencias de carácter laboral que contrajo el "contratista independiente"¹² en los términos establecidos en el artículo en comento.

¹⁰ Sentencias T-082/12, T-375/00; T-534/09; T-245/07; T633/07; T-069/07; T-1210/05

¹¹ Artículo 3.2.7.2 Retención de aportes. **Los contratantes públicos, privados o mixtos** que sean personas jurídicas, los patrimonios autónomos y consorcios o uniones temporales conformados por al menos una persona jurídica **deberán efectuar la retención y giro de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral** a través de la Planilla Integral de Liquidación de Aportes (PILA), de los trabajadores independientes con contrato de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante, en los plazos establecidos en el artículo 3.2.2.1 del presente decreto, teniendo en cuenta los dos últimos dígitos del NIT del contratante. (...)

Artículo. 3.2.7.4 Omisión del deber de retención y giro de los aportes. **El contratante será responsable de girar a las administradoras del Sistema de Seguridad Social Integral las sumas dejadas de retener o retenidas por valor inferior al que corresponde.** y por los intereses moratorios que se causen debido a la inobservancia de los plazos establecidos para el giro de los aportes retenidos, sin perjuicio de las sanciones penales, fiscales y/o disciplinarias a que haya lugar.(...)

¹² ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES. <Artículo modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente: Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la



Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 17 de abril de 2012¹³, al indicar:

"(...) La solidaridad consagrada en el artículo 34 en comento, como lo ha manifestado esta Sala, "...no es más que una manera de proteger los derechos de los trabajadores, para cuyo efecto se le hacen extensivas, **al obligado solidario, las deudas insolutas** (prestacionales o indemnizatorias) en su calidad de dueño o beneficiario de la obra contratada, ante la usual insolvencia del deudor principal que no es otro que el empleador. Así lo sostuvo esta Sala en sentencia del 25 de mayo de 1968, en uno de sus apartes:

'Mas el legislador, con el sentido proteccionista que corresponde al derecho laboral, previendo la posibilidad de que el contrato por las grandes empresas, como vehículo que les sirva para evadir las obligaciones sociales, y dada la frecuencia con que los pequeños contratistas independientes caen en la insolvencia o carecen de la responsabilidad necesaria, **sin desconocer el principio de que el beneficiario de la obra no es en caso alguno el sujeto patronal**, estableció expresamente, a favor exclusivo de los trabajadores, la responsabilidad solidaria del contratista y del beneficiario por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que puedan tener derecho, sin perjuicio de que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o repita contra él lo pagado a esos trabajadores.'..."¹⁴ (Subraya y negrilla fuera de texto)

Como se observa, la fuente de la solidaridad del artículo 34 del CST, no es el contrato de trabajo ni el de obra, aisladamente considerados, o ambos en conjunto, sino la ley: esta es su causa eficiente y suficiente.

Ahora bien, en los convenios de asociación las partes realizan aportes de manera conjunta y del mismo modo aceptan a su cargo las obligaciones propias para el desarrollo del objeto convencional. De este modo normalmente el asociado se obliga a realizar el proceso de selección, contratación, seguimiento y liquidación del personal que vincula para el desarrollo del convenio asumiendo los riesgos propios que de esta se deriva sin que se desprenda de esta relación laboral alguna. Lo anterior, como una manifestación expresa de la autonomía e independencia que existe entre las partes del convenio para el desarrollo del objeto convencional.

Esta situación se torna aún más evidente cuando el asociado expresamente señala que su aporte representa **servicios**, o directamente el pago de los honorarios del personal del equipo de trabajo. Bajo estas consideraciones la cláusula de exclusión laboral que a su tenor literal señala:

"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." (Subraya y negrilla fuera de texto)

Recuerda que las obligaciones derivadas de las prestaciones laborales, sociales y la seguridad industrial de la correspondiente actividad recaen en cada una de las partes del convenio.

Finalmente, si el asociado incumple con las obligaciones laborales, y producto de dicho incumplimiento se llegare a afectar el patrimonio de Prosperidad Social, la entidad deberá hacer efectiva la garantía de

prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Bogotá D.C., Sentencia del diecisiete (17) de abril de dos mil doce (2012). M.-P Jorge Mauricio Burgos Ruiz; Expediente No. 38255.

¹⁴ Sentencia 14038 de 2000. Citada en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Bogotá D.C., Sentencia del diecisiete (17) de abril de dos mil doce (2012). M.-P Jorge Mauricio Burgos Ruiz; Expediente No. 38255



conformidad con el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015; es decir el riesgo derivado del incumplimiento de las obligaciones laborales por parte del asociado se encuentra debidamente cubierto bajo el Régimen de Garantías en la Contratación Pública.

4. Naturaleza del riesgo

De conformidad con el Documento Conpes 3714 de 2011 en el marco de la política de contratación pública se consideran como riesgos previsible*s* *"todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, **siempre que sean identificables y cuantificables** en condiciones normales. Ello resulta consistente con el hecho de que el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, reconoce expresamente que el equilibrio financiero es la igualdad o equivalencia entre los derechos y las obligaciones de las partes, derivados de la contratación y la forma de proceder ante su alteración"*¹⁵.

A su vez, los Riesgos Operacionales son definidos en el referido documento como *"aquellos riesgos asociados a la operatividad del contrato. Entre estos encontramos: la posibilidad de que el monto de la inversión no sea el previsto para cumplir el objeto del contrato. También se presenta la extensión del plazo, cuando los contratos se realizan en tiempos distintos a los inicialmente programados por circunstancias no imputables a las partes. Adicionalmente, se presenta por la posibilidad de no obtención del objeto del contrato como consecuencia de la existencia de inadecuados procesos, procedimientos, parámetros, sistemas de información y tecnológicos, equipos humanos o técnicos sin que los mismos sean imputables a las partes. Dichos riesgos hacen parte del riesgo operacional **siempre y cuando no sean obligaciones de las partes** y se materialicen durante la ejecución del contrato"*.¹⁶ (Marcación intencional)

Sin embargo, el mismo documento señala que dentro de los hechos que no reúnen los presupuestos para ser considerados riesgos previsible*s*, bien por no tener las consideraciones incluidas en la reglamentación o por estar cobijados por regulaciones particulares contenidas en el marco de los riesgos contractuales "no previsible*s*" se encuentran aquellos riesgos previsible*s* que se encuentran cubiertos bajo el régimen de garantías.

En este sentido, el riesgo relacionado pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales, se encuentra cubierto por la Garantía de cumplimiento contenida en con el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015.

Por lo cual, no es posible afirmar de conformidad con las limitaciones conceptuales establecidas en el Documento Conpes 3714 de 2011, que los riesgos generados con ocasión de las medidas de protección de la estabilidad laboral reforzada sean riesgos operaciones de la ejecución del convenio. No obstante, se constituyen como un riesgo propio de los procesos de vinculación de personal situación que se circunscribe a la las obligaciones contractuales del asociado.

5. Equilibrio económico.

La ruptura del equilibrio económico por la teoría de la imprevisión se produce cuando un determinado contrato o relación jurídica que se supone que se celebró o surgió **con prestaciones conmutativas o simétricas**, o en su ejecución se descompensan o se desequilibran, generando una **carga excesiva** para uno de los contratantes ante el advenimiento de hechos o circunstancias sobrevinientes, extraordinarias e imprevistas a la fecha de su celebración.

En estos términos el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, señala:

¹⁵ Documento Conpes 3714 de 2011

¹⁶ *Ibidem*



"Artículo 27. De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se **rompe por causas no imputables a quien resulte afectado**, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia que se trate".

Bajo el anterior concepto, la jurisprudencia¹⁷ ha señalado que para que proceda el restablecimiento de la ecuación contractual se debe probar el menoscabo, que este es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en la sentencia del 23 de febrero de 2017, al señalar:

"Sobre el fondo de la controversia atinente a la denegatoria de acceder a la pretensión de restablecer el equilibrio financiero del contrato, indicó que el fallo cuestionado se basó en que no probó los requisitos concurrentes que le daban viabilidad a esta clase de reclamación, a saber:

- i) que la ruptura de la **ecuación financiera sea grave**;*
- ii) que por medio probatorio idóneo se encuentre acreditada la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico;*
- iii) que la situación fáctica alegada como desequilibrante **no corresponda a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales**;*
- iv) que se realicen de manera oportuna solicitudes, reclamaciones o salvedades sobre los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero del contrato, que se exigen una vez ocurrido el desequilibrio y que deben quedar plasmadas al suscribir las "suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales y otros sí (...)";*
- v) que esas solicitudes referidas se realicen en forma específica y concreta mediante la precisión de concepto, tiempo y valor, no siendo de recibo aquellas formuladas de manera general y abstracta."¹⁸(Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Luego, el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista, lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.

Sin embargo se debe aclarar que los convenios de asociación por regla general no componen una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad, por lo cual en principio no serían objeto de ruptura del equilibrio económico por la teoría de la imprevisión.

No obstante lo anterior, en el hipotético caso en el que se configure un convenio de asociación de naturaleza conmutativa, se debe aclarar que cuando la medida de protección de la estabilidad laboral reforzada se genera como consecuencia de la actuación desplegada por el empleador, al omitir los procedimientos establecidos por el ordenamiento para terminar la relación laboral. No es posible dar aplicación al enunciado normativo señalado en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 toda vez que la causa del desequilibrio es imputable a la actividad de quien resultó afectado.

¹⁷ Consejo de Estado, Bogotá D.C., sentencia veintinueve (29) de enero de dos mil dieciocho (2018) Cp. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número: 52.666

¹⁸ Consejo de Estado, Bogotá, D.C., Sentencia veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017); CP. Lucy Jeannette Bermúdez. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00534-01(AC)



II. CONCLUSIONES.

De conformidad con lo desarrollado a lo largo de este concepto, esta Oficina Asesora Jurídica, da respuesta al interrogante presentado por la Dirección de Inclusión Productiva de la siguiente manera:

¿Los gastos derivados de la ejecución del convenio asociación por concepto de estabilidad reforzada por maternidad del personal vinculado por el asociado, deben ser reconocidos por Prosperidad Social o deben ser asumidos por el asociado bajo el entendido de que estos son riesgos previsibles de la operación (ejecución del contrato)?

No es posible afirmar que los riesgos generados con ocasión de las medidas de protección de la estabilidad laboral reforzada sean riesgos operaciones de la ejecución del convenio. Sin embargo, se constituyen como un riesgo propio de los procesos de vinculación de personal en desarrollo de las obligaciones contractuales del asociado.

Bajo este precepto se recuerda que por regla general los convenios de asociación no componen una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad, por lo cual en principio no serían objeto de ruptura del equilibrio económico por la teoría de la imprevisión.

No obstante lo anterior, en el hipotético caso en el que se configure un convenio de asociación de naturaleza conmutativa, se debe aclarar que cuando la medida de protección de la estabilidad laboral reforzada se genera como consecuencia de la actuación desplegada por el empleador, al omitir los procedimientos establecidos por el ordenamiento para terminar la relación laboral. No es posible dar aplicación al enunciado normativo señalado en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 toda vez que la causa del desequilibrio es imputable a la actividad de quien resultó afectado.

De otro lado se reitera lo señalado en el concepto 20181900037393 de 2018 emitido por esta Oficina Asesora Jurídica en el sentido de afirmar 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.

Igualmente se precisa que el riesgo derivado del incumplimiento de las obligaciones laborales por parte del asociado se encuentra debidamente cubierto bajo el Régimen de Garantías en la Contratación Pública. En este sentido, en caso de verse afectado el patrimonio de Prosperidad Social por el incumplimiento por parte del asociado de sus obligaciones laborales, la entidad deberá hacer efectiva la respectiva garantía de conformidad con el Artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015.

Finalmente, a fin de armonizar el presente concepto con la política pública en materia de compras y contratación pública se sugiere elevar la consulta con los correspondientes pormenores a la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente quien en ejercicio de las facultades a ella asignada por el Decreto 4170 de 2011, es competente para absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter en materia de compras y contratación pública.

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.



**GOBIERNO
DE COLOMBIA**



PROSPERIDAD SOCIAL



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado M-2018-1400-006555

Fecha: 22/10/2018

Se recuerda que este y los demás conceptos de la Oficina Asesora Jurídica se encuentran a disposición de todos los colaboradores de la Entidad, para su consulta, en el enlace Conceptos Jurídica en la intranet.

Atentamente,

LUCY EDREY ACEVEDO MENESES
Jefe de Oficina
Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Antonio Daniel Gil Lozano
Revisó: Martha Lucía Velásquez Prada
Folios: 12
Anexo: 0
Copia: clic para registrar información de copia