

MEMORANDO

11.2.2
Bogotá,

PARA: DIEGO OSWALDO LEÓN RIFALDO
Grupo de Gestión Contractual

DE: OFICINA ASESORA JURÍDICA

ASUNTO: Concepto Jurídico No.043-2020. Suspensión Ejecución Contratos de Prestación de Servicios por COVID-19. Su memorando No.20203124848.

Respetado doctor León:

Para dar respuesta a la solicitud del asunto, recibida para trámite mediante memorando No.20203124848; se emite el siguiente Concepto Jurídico.

I. TESIS CONCLUSIVA.

Cuando el contratista presente incapacidad por enfermedad que no le permite dar cumplimiento al contrato de prestación de servicios, será necesario recurrir a la figura de suspensión del plazo pactado en el contrato.

Cuando el contratista presente incapacidad por enfermedad general, pero le resulte posible dar cumplimiento al contrato de prestación de servicios, por ejemplo en aquellos casos en que el objeto y las obligaciones del mismo, pueden ser ejecutadas mediante teletrabajo o trabajo en casa, no será necesario recurrir a la figura de suspensión del plazo pactado en el contrato; para lo cual, en cada caso, deberá el supervisor del contrato y el contratista evaluar frente a cuál de las posibilidades se encuentra, y decidir lo que corresponda evitando riesgos para la entidad.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS.

1. ¿En el evento de que el contratista reporte incapacidad por enfermedad general al haber sido diagnosticado con COVID-19, tendría derecho al pago de honorarios?.
2. ¿En el evento de que el contratista reporte incapacidad por enfermedad general al haber sido diagnosticado con COVID-19, se debería suspender el plazo de ejecución del contrato de prestación de servicios?.
3. ¿En el evento de que el contratista cuente con incapacidad por enfermedad general al haber sido diagnosticado con COVID-19, podría éste solicitar el pago de la incapacidad a la EPS y el pago de honorarios en relación al contrato de prestación de servicios en ejecución?.
4. ¿En el evento de que el contratista cuente con incapacidad por el término de 14 días por enfermedad general al haber sido diagnosticado con COVID-19, y en relación con las

obligaciones del contratista pactadas en el contrato de prestación de servicios, a éste le corresponde adelantar actividades en campo, es necesario suspender el plazo de ejecución del contrato?.

III. NORMA(S) CONTROLANTE(S).

- Constitución Política de Colombia.
- Ley 80 de 1993
- Ley 100 de 1993
- Decreto 1109 de 2020

IV. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

En primera instancia, resulta necesario precisar que las personas vinculadas mediante un contrato de prestación de servicios, tienen la obligatoriedad de afiliarse en el Sistema de Seguridad Social Integral, y como consecuencia deben dar cumplimiento al pago de las obligaciones que este sistema les impone, pero también se hacen acreedores de los servicios y beneficios que el mencionado sistema tiene contemplados para sus afiliados, dentro de las cuales se encuentran el pago de las incapacidades, cuyo reconocimiento se encuentran a cargo de las EPS, de las ARL o de las AFP, dependiendo de su origen, esto es, incapacidades de origen común, enfermedades laborales o accidentes de trabajo.

Para el presente caso, esta oficina únicamente se pronunciará respecto de las incapacidades de origen común, dentro de las cuales se encuentran las incapacidades objeto de la consulta elevada por el Grupo de Gestión Contractual, por cuanto así lo ha dispuesto el Decreto 1109 de 2020 en su artículo 8º, del cual me pronunciaré mas adelante.

Para entrar en materia, es necesario efectuar un recorrido normativo que regula la obligatoriedad de afiliación de los contratistas al Sistema de Seguridad Social Integral, así como de las normas que rigen la ejecución de los contratos estatales y las últimas disposiciones que regulan las incapacidades por enfermedad general por diagnóstico de COVID-19.

De una parte, el artículo 8º de la Ley 100 de 1993, establece que el Sistema de Seguridad Social Integral se compone de los sistemas de pensiones, de salud y de riesgos laborales y de los servicios sociales complementarios. Los derechos que de este Sistema emanan para sus afiliados son de carácter irrenunciable conforme lo dispone el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia y los artículos 1º a 3º de la Ley 100 de 1993.

El artículo 15 de la Ley 100 de 1993 dispone que las personas que se encuentran vinculados a través de un contrato de prestación de servicios serán afiliados obligatorios al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, y en su artículo 157, literal A, numeral 1, establece la vinculación

al Sistema de Seguridad Social en Salud, para este tipo de trabajadores de forma independiente.

Por su parte, el artículo 2º, literal a) numeral 1 de la Ley 1562 de 2012 modifica el artículo 13 del Decreto Ley 1295 de 1994 disponiendo que son afiliados obligatorios al Sistema General de Riesgos Laborales las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas, tales como contratos civiles, comerciales o administrativos, con una duración superior a un mes y con precisión de las situaciones de tiempo, modo y lugar en que se realiza dicha prestación.

Como se observa, existe entonces la obligatoriedad de afiliación al Sistema General de Seguridad Social Integral de las personas vinculadas a través de contratos de prestación de servicios, y como consecuencia se hacen acreedores de los servicios y beneficios que el mencionado sistema tiene contemplados para sus afiliados, dentro de las cuales se encuentran el pago de las incapacidades, cuyo reconocimiento se encuentran a cargo de las EPS, de las ARL o de las AFP, dependiendo de su origen, esto es, incapacidades de origen común, enfermedades laborales o accidentes de trabajo.

El artículo 206 de la Ley 100 de 1993, en relación con las incapacidades de origen común, ha dispuesto que: "ARTÍCULO. 206.-Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las empresas promotoras de salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las entidades promotoras de salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto."

De otra parte, como es de conocimiento público, el 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud - OMS declaró que el brote de COVID-19 es una pandemia por la velocidad de su propagación, y recomendó a los países tomar medidas para enfrentar la situación.

Para el caso de Colombia, mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional por causa del COVID-19 hasta el 30 de mayo de 2020, plazos que se han venido prorrogando por cuanto las causas que dieron origen a la pandemia, aún persisten.

En virtud de la emergencia sanitaria decretada por COVID-19, el Gobierno Nacional ha expedido normas que permiten dar manejo a las diferentes situaciones que se han presentado como consecuencia de la mencionada pandemia, y en materia de incapacidades por diagnóstico de COVID-19, dispuso a través del Decreto 1109 de 2020, en su artículo 8, lo siguiente:

"(...) CAPÍTULO III (...) SOSTENIBILIDAD DEL AISLAMIENTO EN LOS CASOS DE DIAGNÓSTICO DE

CONTAGIO DE COVID - 19 CONFIRMADO

Artículo 8. Sostenibilidad del aislamiento para los afiliados a los Regímenes Contributivo y Subsidiado de salud. Los afiliados cotizantes al Régimen Contributivo que sean diagnosticados con Covid - 19 contarán con los recursos económicos derivados de la incapacidad por enfermedad general o por enfermedad laboral, según corresponda, que reconozcan las Entidades Promotoras de Salud o las Administradoras de Riesgos Laborales para garantizar el aislamiento de ellos y su núcleo familiar.

Los afiliados cotizantes al Régimen Contributivo que sean diagnosticados con Covid - 19 Y frente a los cuales el médico tratante considera que no es necesario generar una incapacidad por las condiciones físicas en las que se encuentra, serán priorizados para realizar teletrabajo o trabajo en casa, durante el término del aislamiento obligatorio. ”.

Por lo anterior, para el caso que nos ocupa, esto es, las personas que prestan sus servicios al Instituto Colombiano Agropecuario ICA mediante contrato de prestación de servicios, que hayan sido diagnosticados con COVID-19, cuentan con los recursos económicos derivados de la incapacidad por enfermedad general, que serán reconocidos por las Entidades Promotoras de Salud, reconocimiento económico, que como se señaló atrás, constituye un derecho irrenunciable para los contratistas, en su calidad de afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, para entrar a resolver cada uno de los interrogantes formulados por el Grupo de Gestión Contractual de esta entidad, se hace necesario hacer algunas precisiones en relación con el contrato de prestación de servicios.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece que "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 (...)", disponiendo en su numeral tercero que "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. (...)”.

Los contratos de prestación de servicios se caracterizan, entre otros, por la autonomía e independencia del contratista en el ejercicio de sus labores, ausencia de subordinación, ausencia de horario o jornada de trabajo, posibilidad de prestar sus servicios incluso por fuera de las instalaciones propias del contratante, y facultad para utilizar sus propios instrumentos, pactándose su objeto, obligaciones y forma de ejecución.

En ese orden, el contrato de prestación de servicios es una de las modalidades del contrato estatal, que ejecuta el contratista con plena autonomía, y una vez prestado el servicio contratado, el mismo tiene derecho a percibir la suma de dinero en la forma de pago pactada, como valor del contrato, esto, en atención a la naturaleza y finalidad de esta clase de contratos, con sujeción a las formalidades que sobre el particular ha dispuesto el Estatuto de Contratación Estatal, bajo el principio de autonomía de la voluntad, y dando cumplimiento a lo que las partes hayan acordado en relación con el valor, la forma de pago, el plazo, y las condiciones generales y particulares en que se cumplirá el mismo.

Es importante resaltar, que en el evento en que concurra alguna situación de fuerza mayor o caso fortuito que afecte la ejecución del objeto y obligaciones contractuales, como por ejemplo la ocurrencia de un hecho que le genere incapacidad física al contratista, esta situación debe resolverse a la luz de lo que han convenido las partes 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.

Con todo, la forma como contractualmente se desarrolle la ejecución del contrato y las decisiones de carácter bilateral o unilateral que se adopten, necesariamente determinan si hay lugar al pago de los honorarios.

Para el caso concreto del Instituto Colombiano Agropecuario- ICA, esta entidad en los diferentes contratos de prestación de servicios, ha acordado con los contratistas la inclusión de una cláusula que dispone los casos en que podrá suspenderse la ejecución del objeto contratado, así:

"SUSPENSIÓN. El plazo de ejecución del presente contrato podrá suspenderse en los siguientes eventos: 1) Por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito. 2) Por mutuo acuerdo entre las partes, siempre que de ello no se deriven mayores costos ni perjuicios para EL ICA. 3) Por parte de EL ICA, de manera unilateral, previo concepto emitido por el supervisor, cuando surjan hechos o circunstancias que pongan en riesgo la ejecución del contrato, cuando con la actividad desplegada por EL CONTRATISTA se violen principios contractuales contenidos en normas administrativas, civiles o comerciales, cuando EL CONTRATISTA omita el cumplimiento de cualquier obligación o realice actividades ilegales, indebidas o que pongan el riesgo el buen nombre o integridad de EL ICA o de terceros, o cuando se ausente del lugar de ejecución pactado en la cláusula (...) sin haberlo acordado previamente con el supervisor del contrato, a todo lo cual consiente expresamente EL CONTRATISTA con la firma del presente documento. PARÁGRAFO PRIMERO. La suspensión se hará constar en acta motivada, suscrita entre el supervisor del contrato y EL CONTRATISTA, o mediante acto administrativo debidamente motivado, según sea bilateral o unilateral. PARÁGRAFO SEGUNDO. En caso de suspensión de ejecución del contrato, el tiempo

suspendido no modificará el plazo de ejecución del contrato, ni dará derecho a exigir honorarios, indemnizaciones, sobrecostos o reajustes, ni a reclamar gastos diferentes de los pactados en el contrato.”.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe observarse lo siguiente:

- Ante la ocurrencia de un evento de incapacidad por enfermedad general, que impida materialmente el cumplimiento del objeto y de las obligaciones del contrato, no daría lugar al pago del valor del contrato u honorarios pues no se ha obtenido como contraprestación el servicio contratado, en este caso, podría contemplarse la posibilidad de suspender la ejecución del contrato por mutuo acuerdo.
- En el evento de que al contratista se le haya incapacitado por enfermedad general, sin embargo éste cuenta con la posibilidad de continuar con el cumplimiento del objeto y las obligaciones contractuales, por cuanto las actividades a ejecutar no guarden una relación de causalidad que puedan afectar la salud del contratista, es posible el pago del valor del contrato u honorarios en la forma pactada en el contrato, como quiera que tratándose de contratos de tracto sucesivo y con plena autonomía del contratista que no implica subordinación, el cumplimiento debe acreditarlo el contratista.
- Ante la ocurrencia de un evento de incapacidad por enfermedad general, el contratista puede solicitar y percibir en el marco del régimen de seguridad social integral, el reconocimiento de la prestación económica y asistencial del auxilio por incapacidad por ser un derecho irrenunciable ya que así lo ha dispuesto el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia y los artículo 1° al 3° de la Ley 100 de 1993, ello sin depender del pago o no de los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

Teniendo claro lo anterior, entrare a absolver los interrogantes formulados por el Grupo de Gestión Contractual, así:

1. En caso de que el contratista reporte COVID-19 y se encuentre incapacitado tendría derecho al pago de honorarios?.

2. Se debería suspender el contrato de prestación de servicios?.

Respuestas: Pueden darse dos posibilidades, la primera de ellas, es que el contratista presente incapacidad por enfermedad general (COVID-19) que no le permite dar cumplimiento al contrato de prestación de servicios, ya porque su condición médica reviste tal gravedad, que físicamente le impide hacerse cargo de las actividades propias del objeto y obligaciones del contrato.

También puede suceder que el objeto y las obligaciones pactadas en el contrato consistan en la ejecución de actividades que requieran la presencia directa por parte del contratista en el lugar que disponga el contrato, por ejemplo la realización de visitas a predios, o atención de servicio al

ciudadano, etc, actividades que no podrán ejecutarse a través de las figuras de teletrabajo o trabajo en casa, y que serán de imposible ejecución, por cuanto cuentan con la incapacidad por enfermedad general por COVID-19, incapacidad ésta, que tiene como característica especial, que el incapacitado debe guardar el aislamiento ordenado por el médico tratante, para evitar la dispersión de la pandemia.

En los casos mencionados, será necesario recurrir a la figura de suspensión del plazo pactado en el contrato, suspensión que incidirá necesariamente en el pago de honorarios, pues al estar suspendida la ejecución del contrato, el tiempo suspendido no modificará el plazo de ejecución del contrato, ni dará derecho a exigir honorarios, indemnizaciones, sobrecostos o reajustes, ni a reclamar gastos diferentes de los pactados en el contrato, conforme se encuentra acordado en los contratos de prestación de servicios.

La segunda posibilidad es que el contratista presente incapacidad por enfermedad general por COVID-19, sin embargo, éste sí cuenta con la posibilidad de continuar con el cumplimiento del objeto y las obligaciones contractuales, pues el objeto y las obligaciones del contrato permiten que las actividades puedan realizarse a través de teletrabajo o trabajo en casa, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto 1109 de 2020, pues si bien cuenta con la incapacidad mencionada, puede cumplir con el aislamiento obligatorio, pero a la vez puede dar cumplimiento a su contrato, ya porque a pesar de haber sido diagnosticado con COVID-19, cuenta con condiciones médicas favorables que si le permiten la realización de las actividades acordadas dentro del objeto y obligaciones del contrato mediante las figuras de teletrabajo o trabajo en caso, eventos en los cuales no será necesario recurrir a la figura de suspensión del plazo pactado en el contrato, y el pago de honorarios no se verá alterado.

3. Podría solicitar el pago de la incapacidad a la EPS y el pago de honorarios en relación al contrato de prestación de servicios en ejecución?.

Respuesta: Ante la ocurrencia de un evento de incapacidad por enfermedad común, por ejemplo, incapacidad por diagnóstico de COVID-19, el contratista tiene derecho a que el Sistema de Seguridad Social Integral le reconozca la prestación económica y asistencial del auxilio por incapacidad por ser un derecho irrenunciable conforme lo dispone el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia y los artículos 1° al 3° de la Ley 100 de 1993, sin depender del pago o no de los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios, pues el pago de honorarios también debe generarse, siempre que el contratista haya dado cumplimiento al objeto y obligaciones contractuales en la forma y plazos pactados con la entidad.

4. En caso de que las actividades a desarrollar se deriven del trabajo en campo y sea prolongada la incapacidad por el termino de 14 días, se debería suspender el contrato?.

Respuesta: Frente al hecho de que ocurra un evento de incapacidad por enfermedad general, que

impida materialmente al contratista el cumplimiento del objeto y de las obligaciones del contrato, no daría lugar al pago del valor del contrato u honorarios pues no se ha obtenido como contraprestación el servicio contratado, y en este caso, debe contemplarse la posibilidad de suspender la ejecución del contrato por mutuo acuerdo.

Como ya se mencionó atrás, en el evento de que el contratista presente incapacidad por enfermedad general (COVID-19) que no le permite dar cumplimiento al contrato de prestación de servicios, ya porque su condición médica reviste tal gravedad, que físicamente le impide hacerse cargo del adelantamiento de las actividades propias del objeto y obligaciones del contrato, o ya porque actividades requieren la ejecución directa por parte del contratista en el lugar que disponga el contrato, por ejemplo la realización de visitas a predios, o atención de servicio al ciudadano, etc, actividades que no podrán ejecutarse a través de las figuras de teletrabajo o trabajo en casa, y que serán de imposible ejecución, por cuanto cuentan con la incapacidad por enfermedad general por COVID-19, incapacidad ésta, que como ya se señaló atrás, tiene como característica especial, que el incapacitado deba guardar el aislamiento ordenado por el médico tratante, para evitar la dispersión de la pandemia.

En este paso concreto, será necesario recurrir a la figura de suspensión de mutuo acuerdo del plazo pactado en el contrato.

V. CONCLUSIÓN FINAL.

Con fundamento en lo anterior, en aras de salvaguardar los intereses del Instituto Colombiano Agropecuario ICA, en el evento de que el contratista cuente con incapacidad por enfermedad general al haber sido diagnosticado con COVID-19, pueden darse dos posibilidades, la primera de ellas, es que el contratista cuente con incapacidad médica que no le permita dar cumplimiento al contrato de prestación de servicios, porque su condición médica reviste tal gravedad, que físicamente le impide hacerse cargo de las actividades propias del objeto y obligaciones del contrato.

También puede suceder que el objeto y las obligaciones pactadas en el contrato consistan en la ejecución de actividades que requieran la ejecución directa por parte del contratista en el lugar que disponga el contrato, por ejemplo la realización de visitas a predios, o atención de servicio al ciudadano, etc, actividades que no podrán ejecutarse a través de las figuras de teletrabajo o trabajo en casa, y que serán de imposible ejecución, por cuanto el contratista cuenta con la incapacidad por enfermedad general por COVID-19, incapacidad ésta, que tiene como característica especial, que el incapacitado deba guardar el aislamiento obligatorio ordenado por el médico tratante, para evitar la dispersión de la pandemia.

En los casos mencionados, será necesario recurrir a la figura de suspensión de mutuo acuerdo del plazo pactado en el contrato, suspensión que afectará necesariamente en el pago de honorarios,

pues al estar suspendida la ejecución del contrato, el tiempo suspendido no modificará el plazo de ejecución del contrato, ni dará derecho a exigir honorarios, indemnizaciones, sobrecostos o reajustes, ni a reclamar gastos diferentes de los pactados en el contrato, conforme se encuentra acordado en los contratos de prestación de servicios.

La segunda posibilidad es que el contratista presente incapacidad por enfermedad general por COVID-19, no obstante, sí le es posible dar cumplimiento al contrato de prestación de servicios, pues el objeto y las obligaciones del contrato permiten que las actividades puedan realizarse a través de las figuras de teletrabajo o trabajo en casa, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto 1109 de 2020, pues si bien cuenta con la incapacidad mencionada, puede cumplir con el aislamiento obligatorio, pero a la vez puede dar cumplimiento a su contrato, ya porque a pesar de haber sido diagnosticado con COVID-19, cuenta con condiciones médicas favorables que si le permiten la realización de actividades acordadas dentro de del objeto y obligaciones del contrato mediante las figuras de teletrabajo o trabajo en caso, eventos en los cuales no será necesario recurrir a la figura de suspensión del plazo pactado en el contrato, y el pago de honorarios no se verá alterado.

En los anteriores términos, procedo a dar una respuesta de fondo a su solicitud, indicando que la misma se surte bajo los parámetros del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente,



JUAN FERNANDO ROA ORTIZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Respuesta a: Radicación No. 20203124848 del: 14/09/2020
C.C.: Subgerencia Administrativa y Financiera
Linda Luz Evelyne Barbosa Díaz / Oficina Asesora Jurídica
Elaboró: Nsv