**CCE-DES-FM-17**

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS** **– Noción – Características**

[…] el contrato de prestación de servicios profesionales es uno de los tipos contractuales consagrados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que pueden celebrar las entidades estatales. En tal sentido, se trata de un contrato típico, ya que se encuentra definido en la ley.

Sus principales características son: i) Solo puede celebrarse para realizar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», es decir, que hagan parte de su giro ordinario o quehacer cotidiano; ii) admite que se suscriba tanto con personas naturales, como con personas jurídicas. Sin embargo, cuando pretenda celebrarse con una persona natural, la entidad estatal debe justificar en los estudios previos que las actividades que buscan encomendarse a aquella «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados»; iii) si bien se celebra para obtener la prestación personal de un servicio, se diferencian del contrato de trabajo en que quien celebra el contrato de prestación de servicios profesionales debe mantener autonomía e independencia en la ejecución de la labor, lo que significa que no puede existir la subordinación y dependencia que es uno de los elementos constitutivos del vínculo laboral; iv) debe ser temporal; v) hacen parte del género denominado contratos de prestación de servicios, dentro del cual también se ubican, como especies, los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión y los contratos de prestación de servicios artísticos; vi) su celebración debe realizarse a través de la modalidad de contratación directa; vii) para su celebración no se requiere la expedición del acto administrativo de justificación de la contratación directa; viii) admite el pacto de cláusulas excepcionales; ix) en él no es obligatoria la liquidación; x) para su celebración no se requiere inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP); xi) en él no son necesarias las garantías.

**CAPACIDAD PARA CONTRATAR – Menores de edad**

[…] so pena de la declaración de nulidad absoluta, los menores de doce (12) años carecen de la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismos a través de la celebración de contratos. Por otra parte, gozan de capacidad relativa los menores que tengan una edad igual o superior a la anteriormente mencionada, es decir, si bien no pueden actuar en el tráfico jurídico con las mismas aptitudes y calidades de quienes llegan a la mayoría de edad, están facultados para adelantar ciertos tipos de actuaciones. En efecto, «Los menores adultos, esto es, los mayores de 12 y menores de 18, sometidos a la potestad parental, por regla general, no pueden realizar válidamente ni actos ni negocios jurídicos que no le estén expresa o tácitamente permitidos. Para los no permitidos se requiere la representación por quienes ejercen la potestad parental […]».

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Menores de edad – Exigencias legales**

Los requisitos legales del contrato serán los previstos en la Ley 80 de 1993 para la modalidad de selección pertinente. En todo caso, conforme a lo anotado en el apartado anterior, se considera que no es exigible el trámite previsto en los artículos 35 y 114 de la Ley 1098 de 2006, el cual podría realizarse de manera meramente potestativa a efectos de evitar controversias posteriores tanto sobre la naturaleza independiente o no del servicio como sobre los riesgos de las tareas realizadas. Lo anterior supone respetar la autonomía del contratista en la ejecución de las actividades que hacen parte del objeto, sin que el contrato se utilice para encubrir una relación laboral subordinada, pues implica el riesgo de la declaratoria judicial de contrato realidad, con la correspondiente condena y la imposición de las sanciones a que haya lugar.

[…]

De todas formas, pese a que el marco normativo citado en el apartado anterior fundamenta razonablemente la respuesta de Colombia Compra Eficiente a la solicitud planteada, se considera prudente exhortar al peticionario a que formule estas inquietudes al Ministerio del Trabajo. Lo anterior, en la medida que el artículo 113 de la Ley 1098 de 2006 le atribuye competencia a la Entidad para autorizar el trabajo de los menores de edad; razón por la cual, el Ministerio define con criterio de autoridad si este requisito también es exigible o no en los contratos de prestación de servicios

Bogotá D.C., **14/04/2020 Hora 11:11:32s**

**N° Radicado: 2202013000002649**

Señor

**Carlos Arturo Torres Torres**

Ciudad

**Concepto C ─ 089 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ― Noción ― Características / CAPACIDAD PARA CONTRATAR ― Menores de edad / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ― Menores de edad ― Exigencias legales |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000001717 |

Estimado señor Torres,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ―Colombia Compra Eficiente― responde su consulta formulada el 6 de marzo de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

**1. Problema planteado**

Usted formuló las siguientes preguntas: i) ¿es posible la celebración de un contrato de prestación de servicios por parte de una Alcaldía Municipal con un menor de edad que tiene diecisiete (17) años?, ii) ¿cuáles serían los requisitos legales?

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, responderá las preguntas planteadas por el peticionario previo análisis de los siguientes temas: i) noción y características de los contratos de prestación de servicios, ii) capacidad de los menores de edad para la celebración de contratos, iii) régimen de protección laboral de los niños, niñas y adolescentes, iv) aplicación de los artículos 35 y 114 de la Ley 1098 de 2006, «por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia», a los contratos de prestación de servicios celebrados con menores de edad.

**2.1. Contrato de prestación de servicios: noción y características**

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se pronunció en relación con la naturaleza de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión en el concepto C-071 del 4 de marzo de 2020 –radicado No. 2202013000001597–. La tesis que se propuso se expondrá a continuación. En efecto, el contrato de prestación de servicios profesionales es uno de los tipos contractuales consagrados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que pueden celebrar las entidades estatales. Se trata de un contrato típico, ya que se encuentra definido en la ley. Concretamente, el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 80 de 1993, establece:

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.

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

De otro lado, la celebración de dicho contrato se debe efectuar a través de la modalidad de la contratación directa. Así lo prevé el artículo 2, numeral 4º, literal h), de la Ley 1150 de 2007, que dispone:

La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

[…]

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

[…]

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.

A partir de las disposiciones citadas y de los pronunciamientos judiciales más destacados sobre el tema, es posible señalar las siguientes características del contrato de prestación de servicios:

i) Solo puede celebrarse para realizar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», es decir, que hagan parte de su giro ordinario o quehacer cotidiano.

ii) Admite que se suscriba tanto con personas naturales como con personas jurídicas. Sin embargo, cuando pretenda celebrarse con una persona natural, la entidad estatal debe justificar en los estudios previos que las actividades que buscan encomendarse a aquella «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados». Esto puede suceder en varios eventos, como, por ejemplo, que, efectivamente, no exista el personal de planta para encargarse de dichas labores; que exista, pero que está sobrecargado de trabajo, requiriéndose, por tanto, un apoyo externo; o que haya personal de planta, pero no tenga la experticia o conocimiento especializado en la materia, y que, por esta razón, sea necesario contratar los servicios de una persona natural que posea conocimiento y experiencia en el tema.

iii) Si bien se celebran para obtener la prestación personal de un servicio, se diferencian del contrato de trabajo[[1]](#footnote-1) en que quien celebra el contrato de prestación de servicios profesionales debe mantener autonomía e independencia en la ejecución de la labor, lo que significa que no puede existir la *subordinación y dependencia*, que es uno de los elementos constitutivos del vínculo laboral. Por ello el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 80 de 1993 establece que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales», inciso que más que un enunciado que aluda al «ser» se refiere al «deber ser», pues debe interpretarse en el sentido de que los contratos de prestación de servicios profesionales *no pueden* generar relación laboral, ni dar lugar a que las entidades estatales paguen por su cuenta los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral del contratista. Ello por cuanto, según se indicó, en dichos contratos no puede existir subordinación y dependencia; entonces, la relación laboral está proscrita y es el contratista quien, como «trabajador independiente» –como lo califican las normas en materia de seguridad social– debe cotizar por su cuenta y riesgo al Sistema de Seguridad Social Integral[[2]](#footnote-2).

Pero es posible que, a pesar de este mandato deontológico, en la práctica surja la relación laboral, pues, como se sabe, el contrato de trabajo es un *contrato realidad*, ya que para su perfeccionamiento rige el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades. Por ello, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada del segundo inciso del numeral 3º del artículo 32, indicando que «las expresiones acusadas del numeral 3o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no vulneran los preceptos constitucionales, razón por la cual deberán ser declaradas exequibles, salvo que se acredite por parte del contratista la existencia de una relación laboral subordinada»[[3]](#footnote-3).

iv) Deben ser temporales. Así lo señaló la Corte Constitucional en la misma providencia citada previamente, expresando que:

La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente[[4]](#footnote-4).

v) Los contratos de prestación de servicios profesionales hacen parte del género denominado *contratos de prestación de servicios*, dentro del cual también se ubican, como especies, los *contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión* y los *contratos de prestación de servicios artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales*[[5]](#footnote-5). La diferencia entre el contrato de prestación de servicios *profesionales* con las otras dos especies del género en el cual se ubican, radica en su contenido intelectual intangible y, al mismo tiempo, en la formación profesional que se exige para desempeñar la labor. Así lo consideró el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 2 de diciembre de 2013, al explicar que:

Su objeto está determinado por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad, tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, con conocimientos especializados siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas consideradas legalmente como profesionales. Se caracteriza por demandar un conocimiento intelectivo cualificado: el saber profesional[[6]](#footnote-6).

Objeto que, según la jurisprudencia citada, se diferencia del objeto del *contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión*, porque:

Su objeto contractual participa de las características encaminadas a desarrollar actividades identificables e intangibles. Hay lugar a su celebración en aquellos casos en donde las necesidades de la Administración no demanden la presencia de personal profesional.

Aunque también se caracteriza por el desempeño de actividad intelectiva, ésta se enmarca dentro de un saber propiamente técnico; igualmente involucra actividades en donde prima el esfuerzo físico o mecánico, en donde no se requiere de personal profesional.

Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación.

Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación[[7]](#footnote-7).

En relación con el *contrato de prestación de servicios artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales*, señala el mencionado fallo que:

Tienen lugar dentro de esta categoría los contratos de prestación de servicios que tengan por objeto la ejecución de trabajos artísticos, esto es, trabajos que corresponden al conjunto de creaciones humanas que expresan una especial visión del mundo, tanto real como imaginaria, y que sólo pueda celebrarse con determinadas personas naturales, lo que implica que el contratista debe ser un artista, esto es, una persona reconocidas como realizador o productor de arte o trabajos artísticos[[8]](#footnote-8).

vi) Su celebración debe realizarse a través de la modalidad de contratación directa, independientemente de la cuantía y del tipo de servicio profesional, siempre que este no ingrese dentro del objeto del contrato de consultoría, pues, como lo indicó el Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial a la que se hizo referencia, si bien en ambos existe un componente intelectual, profesional e intangible, el objeto del contrato de consultoría es especial y debe celebrarse, por regla general, precedido de un concurso de méritos[[9]](#footnote-9). Pero, tampoco puede suscribirse un contrato de prestación de servicios profesionales para que el contratista ejecute labores que se enmarcan dentro de los otros contratos tipificados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como, por ejemplo, para la construcción o mantenimiento de obras.

vii) Para su celebración no se requiere la expedición del acto administrativo de justificación de la contratación directa[[10]](#footnote-10).

viii) Admiten el pacto de cláusulas excepcionales. Es decir, en los contratos de prestación de servicios profesionales es posible pactar la caducidad, así como la modificación, interpretación o terminación unilaterales, como elementos accidentales; es decir, que para el ejercicio de dichas exorbitancias deben incluirse expresamente en el contrato, ya que no se entienden pactadas. Así se infiere del artículo 14, numeral 2º, de la Ley 80 de 1993[[11]](#footnote-11).

ix) En ellos no es obligatoria la liquidación, pues así lo estableció el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 60 de la Ley 80 de 1993[[12]](#footnote-12).

x) Para su celebración no se requiere inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP), según lo prevé el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007[[13]](#footnote-13).

xi) En ellos no son necesarias las garantías[[14]](#footnote-14).

Teniendo en cuenta las anteriores características del contrato de prestación de servicios, se abordará la capacidad de los menores de edad para suscribir este tipo de contratos.

**2.2. Capacidad contractual de los menores de edad**

 El análisis de este tema resulta relevante, en la medida que la capacidad es un presupuesto de la validez de contrato. No en vano, en concordancia con el numeral 1 del artículo 1502 del Código Civil[[15]](#footnote-15), el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 dispone que «Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes». Para estos efectos, es necesario tener en cuenta que si bien todos los seres humanos, por el hecho de gozar de personalidad jurídica, son sujetos de derechos y obligaciones, algunas no pueden ejercerlos por sí mismos, sino a través de interpuesta persona. Lo anterior significa que, si bien todas las personas tienen *capacidad de goce*, no todas tienen *capacidad de ejercicio*. En efecto, la primera es reconocida por el artículo 14 de la Constitución Política de 1991, en el sentido que «Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica». Adicionalmente, el artículo 74 del Código Civil prescribe que «Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición». Al respecto, la doctrina explica que:

*Capacidad* es una palabra de doble sentido, lo mismo que *incapacidad*, su contraria: a veces designa con ella la aptitud o falta de aptitud para *adquirir* y para *poseer* derechos, para ser titular de esos derechos, y entonces se trata de una *capacidad* o una *incapacidad* *de goce* […]; otras veces, y con mayor frecuencia, se trata sólo de la aptitud o falta de aptitud para *ejercer* los derechos de que una persona está investida y, en tal caso, se trata sólo de una *capacidad* o de una *incapacidad de ejercicio*.

Ejemplos: un menor no tiene derechos políticos, está totalmente privado de ellos; la incapacidad se refiere al *goce*, a la *existencia* misma de esos derechos. Pero ese mismo menor puede ser propietario o acreedor; puede poseer bienes, tener una fortuna considerable; desde este punto de vista, en ese terreno, le pertenece la capacidad de goce, pero, esos derechos de que está investido de propiedad o de crédito, no puede ejercerlos por sí mismo, sobre todo sí es todavía un niño; es preciso, de toda necesidad, que alguien los ejerza por él, en su nombre. Le falta capacidad de ejercicio.

[…]

Resulta de las explicaciones precedentes que la incapacidad de goce es más grave que la de ejercicio, porque la primera lleva consigo la segunda, y no recíprocamente. Y, sobre todo, una es irremediable mientras que la otra lleva consigo paliativos, remedios: el menor es incapaz de ejercitar los derechos que le pertenecen, pero eso no importa, porque alguien los ejercerá por él, su padre o su tutor. Lo esencial es tener, poseer los derechos; la cuestión de su ejercicio es, si no secundaria, por lo menos susceptible de ser resuelta por un medio o por otro[[16]](#footnote-16). (Cursivas dentro del texto)

Por ello, ante la necesidad de proteger a determinados sujetos, el ordenamiento jurídico exige que se actúe a través de terceros, bien sea para adquirir derechos o contraer obligaciones. No en vano, el Código Civil dispone que «La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra» (inciso 2 del artículo 1502) y que «Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces» (artículo 1503). En esta medida, la limitación de la *capacidad de ejercicio* de los menores de edad tiene su fundamento en el artículo 1504 del Código Civil, el cual –después de la modificación introducida por el artículo 57 de la Ley 1996 de 2019– dispone que:

Son absolutamente incapaces los impúberes. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores púberes. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

Para el Consejo de Estado «[…] la capacidad jurídica en la contratación estatal se integra no solamente por la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio del proponente sino también por la ausencia de inhabilidades o incompatibilidades de su parte. En otros términos, en la actividad negocial de la administración tiene capacidad jurídica el proponente que existe, que tiene plena capacidad de ejercicio o de obrar y que no tiene inhabilidad o impedimento alguno para intervenir en el iter contractual»[[17]](#footnote-17). Si bien las inhabilidades y las incompatibilidades guardan relación con las incapacidades particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos[[18]](#footnote-18), para efectos de la capacidad de ejercicio, dado que la norma no dispone quiénes son púberes o impúberes, es necesario estarse a lo dispuesto en inciso 1 del artículo 34 del Código Civil. En su redacción inicial, la norma disponía lo siguiente: «Llámase *infante o niño* todo el que no ha cumplido siete años; *impúber*, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; *adulto*, el que ha dejado de ser impúber; *mayor de edad o simplemente mayor*, el que ha cumplido veintiún años; y *menor de edad*, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos» (Cursivas fuera de texto). No obstante, esta disposición tiene tres (3) modificaciones:

*La primera modificación* deriva del artículo 1 de la Ley 27 de 1977, en el entendido de que «Para todos los efectos legales, *llamase mayor de edad o simplemente mayor*, a quien ha cumplido diez y ocho (18) años» (Cursivas fuera de texto). *La* *segunda modificación* se fundamenta en la Sentencia C-534 de 2005, donde la Corte Constitucional declaró inexequibles la expresión «varón» y la expresión «y la mujer que no ha cumplido doce», contenidas en el inciso 1 del artículo 34 del Código Civil, en el entendido de que la pubertad se adquiere a los catorce (14) años con independencia del sexo. En este contexto, la norma debía entenderse de la siguiente manera: «Llámase *infante o niño* todo el que no ha cumplido siete años; *impúber*, el que no ha cumplido catorce años; *adulto*, el que ha dejado de ser impúber; *mayor de edad o simplemente mayor*, el que ha cumplido dieciocho años; y *menor de edad*, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos» (Cursivas fuera de texto).

Posteriormente, el inciso 1 del artículo 3 del Código de la Infancia y la Adolescencia» dispuso que «Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad». Esta norma no modificó el Código Civil, pero dio lugar a una situación confusa respecto a los menores púberes, siendo más prudente utilizar la edad de catorce (14) años para que coincidiera con la categoría de adolescente.

Para corregir el desfase, la *tercera modificación* deriva del parágrafo del artículo 53 de la Ley 1306 de 2009, el cual prescribe que «Para todos los efectos legales el impúber se equipara al niño y niña definido en el artículo 3° del Código de la Infancia y Adolescencia. De igual manera, el menor adulto se equipara al adolescente de ese estatuto». Lo anterior, significa que los impúberes se equiparan a niños y niñas, esto es, sujetos menores de doce (12) años, y que los púberes se equiparan a adolescentes, es decir, sujetos entre los doce (12) y los dieciocho (18) años. Por tanto, el artículo 34 del Código Civil debe entenderse de la siguiente manera: «Llámase *infante* todo el que no ha cumplido siete años; *impúber o niño o niña*, el que no ha cumplido doce años; *menor* *adulto o adolescente*, el que ha dejado de ser impúber; *mayor de edad o simplemente mayor*, el que ha cumplido dieciocho años; y *menor de edad*, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos» (Cursivas fuera de texto).

En este contexto, se concluye que –so pena de la declaración de nulidad absoluta– los menores de doce (12) años carecen de la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismos a través de la celebración de contratos. Por otra parte, gozan de capacidad relativa quienes tengan una edad igual o superior a la anteriormente mencionada, es decir, si bien no pueden actuar en el tráfico jurídico con las mismas aptitudes y calidades de quienes llegan a la mayoría de edad, están facultados para adelantar ciertos tipos de actuaciones. En efecto, «Los menores adultos, esto es, los mayores de 12 y menores de 18, sometidos a la potestad parental, por regla general, no pueden realizar válidamente ni actos ni negocios jurídicos que no le estén expresa o tácitamente permitidos. Para los no permitidos se requiere la representación por quienes ejercen la potestad parental […]»[[19]](#footnote-19).

Por tanto, teniendo en cuenta que los menores adultos tienen capacidad para otorgar testamentos (art. 309 y 1061 del Código Civil), ejercer mandatos (art. 2154 del Código Civil), realizar actos relacionados con su peculio industrial o profesional (arts. 294, 339 y 345 del Código Civil), otorgar consentimiento para dar en adopción un hijo (inciso final del art. 66 de la Ley 1098 de 2006), reconocer hijos (art. 2 de la Ley 45 de 1936), contraer matrimonio (art. 117 del Código Civil), entre otras, se trata de determinar si las personas con una edad igual o mayor a los diecisiete (17) años están facultadas por la ley, por sí mismos o través de sus representantes legales, para prestar sus servicios personales a terceros, a cambio de una remuneración, tema que se analizará a continuación.

**2.3. Régimen de protección laboral de los niños, niñas y adolescentes: la capacidad para la celebración de contratos de trabajo** **no se extiende a los contratos de prestación de servicios**

El artículo 29 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que «Tienen capacidad para celebrar el contrato individual de trabajo, todas las personas que hayan cumplido dieciocho (18) años de edad». No obstante, teniendo en cuenta la capacidad de algunos menores de edad para ciertos actos jurídicos, es necesario analizar el régimen de protección laboral de los niños, niñas y adolescentes. El tema es pertinente, ya que el artículo 44 de la Constitución Política de 1991 proscribe toda forma explotación económica de aquellos; razón por la cual, en los contratos donde se cumplan con los elementos previstos en el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo[[20]](#footnote-20), el ordenamiento jurídico establece una serie de limitaciones, las cuales derivan del principio de interés prevalente. Para estos efectos, es importante tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 35 y 114 de la Ley 1098 de 2006, «Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia», donde –*in extenso*– se dispone lo siguiente:

Artículo 35. Edad mínima de admisión al trabajo y derecho a la protección laboral de los adolescentes autorizados para trabajar. La edad mínima de admisión al trabajo es los quince (15) años. Para trabajar, los adolescentes entre los 15 y 17 años requieren la respectiva autorización expedida por el Inspector de Trabajo o, en su defecto, por el Ente Territorial Local y gozarán de las protecciones laborales consagrados en el régimen laboral colombiano, las normas que lo complementan, los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, la Constitución Política y los derechos y garantías consagrados en este código».

Los adolescentes autorizados para trabajar tienen derecho a la formación y especialización que los habilite para ejercer libremente una ocupación, arte, oficio o profesión y a recibirla durante el ejercicio de su actividad laboral.

Parágrafo. Excepcionalmente, los niños y niñas menores de 15 años podrán recibir autorización de la Inspección de Trabajo, o en su defecto del Ente Territorial Local, para desempeñar actividades remuneradas de tipo artístico, cultural, recreativo y deportivo. La autorización establecerá el número de horas máximas y prescribirá las condiciones en que esta actividad debe llevarse a cabo. En ningún caso el permiso excederá las catorce (14) horas semanales.

[…]

Artículo 114. Jornada de trabajo. La duración máxima de la jornada laboral de los adolescentes autorizados para trabajar, se sujetará a las siguientes reglas:

1. Los adolescentes mayores de 15 y menores de 17 años, sólo podrán trabajar en jornada diurna máxima de seis horas diarias y treinta horas a la semana y hasta las 6:00 de la tarde».

2. Los adolescentes mayores de diecisiete (17) años, sólo podrán trabajar en una jornada máxima de ocho horas diarias y 40 horas a la semana y hasta las 8:00 de la noche».

De las reglas anteriormente citadas, se desprende lo siguiente: i) la necesidad de obtener una autorización previa por parte del Ministerio del Trabajo y ii) una limitación tanto de las actividades como de las jornadas laborales en función de la edad. Como se observa, el Código de la Infancia y la Adolescencia dispone que los menores de edad tienen capacidad para la celebración de contratos de trabajo, los cuales se rigen fundamentalmente por la legislación laboral. Al respecto, la doctrina señala que: «El artículo 35 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que los menores de 18 y los mayores de 17 años son plenamente capaces para trabajar y ejercer los derechos vinculados. Los menores entre 15 y 17 años, requieren de autorización del inspector del trabajo y, una vez obtenida, gozarán de todas las protecciones laborales y estarán habilitados, como señala en Código Civil, para la administración de su peculio profesional o industrial»[[21]](#footnote-21).

Esto significa que los menores que tengan una edad igual o superior a quince (15) años pueden celebrar contratos de trabajo por sí mismos, sin la intervención de terceras personas. De hecho, el parágrafo del artículo 35 de la Ley 1098 de 2006 permite que, excepcionalmente, se conceda permiso para trabajar a quienes tengan una edad inferior para desempeñar actividades de tipo artístico, cultural, recreativo y deportivo, mientras que la jornada sea igual o inferior a las catorce (14) horas semanales.

Sin embargo, que los menores tengan capacidad para entrar en relaciones de trabajo no implica que estén habilitados para celebrar contratos de prestación de servicios personales, los cuales –además de tener una naturaleza jurídica diferente, como se anotó en el numeral 2.1 del presente concepto– se rigen por la Ley 80 de 1993 y el Código Civil. En esta medida, al carecer de capacidad plena, lo menores púberes solo pueden actuar por sí mismos en los actos jurídicos que expresamente señale la ley, sin que sea posible su interpretación extensiva o aplicación analógica por tratarse de habilitaciones excepcionales, pues lo que ha querido el legislador es que solo puedan intervenir en *algunas* actuaciones mientras alcanzan la mayoría de edad. No en vano, el antecitado artículo 1504 del Código Civil dispone que «[…] la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes […]», lo que implica que *por regla general* actúan a través de un representante, salvo que *excepcionalmente* la ley los autorice para actuar por sí mismos.

Naturalmente, que no exista una habilitación para que los menores de edad suscriban contratos de prestación de servicios y que esta no se derive de la interpretación extensiva de los artículos 35 y 114 del Código de la Infancia y la Adolescencia, no significa que la suscripción esté prohibida. Todo lo contrario, el contrato es válido, siempre que el menor actúe a través de sus representantes legales, esto es, el padre y la madre, cuando está sometido a la patria potestad, o a través del curador, cuando esta última cesa anticipadamente en virtud de la emancipación. En el primer caso, aquellos ostentan la representación extrajudicial de los hijos menores de edad, conforme al artículo 470 del Código Civil[[22]](#footnote-22); en el segundo, la facultad de este deriva del artículo 54 de la Ley 1306 de 2009[[23]](#footnote-23). En todo caso, si bien los contratos celebrados directamente por incapaces relativos están viciados de nulidad, también es posible la aprobación posterior del contrato celebrado por parte de quienes tengan la patria potestad o la curaduría del menor, defecto que también se convalida al vencimiento del término de caducidad de la acción rescisoria. Lo anterior, en la medida en que –a diferencia de la nulidad que afecta los actos de los absolutamente incapaces– las causales de nulidad relativa son saneables. Al respecto, el artículo 46 de la Ley 80 de 1993 dispone que «Los demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común constituyen causales de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio». Así las cosas:

Los menores adultos que están de ordinario sometidos a la patria potestad de su padre o madre, o bajo curaduría general, no carecen de voluntad, como sucede con los impúberes, que son absolutamente incapaces. En consecuencia, pueden celebrar actos jurídicos, sea personalmente, autorizados por su representante legal, sea representados por éste. En el primer caso, es el incapaz quien consiente directamente en el contrato, es él quien manifiesta su propia voluntad, y el representante legal sólo interviene para habilitarlo, a fin de que ejecute un acto jurídico válido, que, de otro modo, adolecería de nulidad relativa. En el segundo, el incapaz no tiene intervención personal alguna en el acto, ya que éste es ejecutado por su representante legal[[24]](#footnote-24).

Por tanto, los menores púberes pueden celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades estatales, siempre que estén debidamente representados o cuenten con la autorización de quienes tengan la patria potestad o, en su defecto, por quien ejerza la curaduría. Si suscriben el contrato directamente, este queda viciado de nulidad relativa, la cual se sanea, bien por la ratificación posterior o por la caducidad de la acción rescisoria. En el siguiente apartado se analizará si las exigencias previstas en los artículos 35 y 114 de la Ley 1098 de 2006 se extienden a los contratos previstos en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, a efectos de determinar si también es necesaria la autorización del Ministerio de Trabajo para su suscripción.

**2.4. Aplicación de los artículos 35 y 114 de la Ley 1098 de 2006 a los contratos de prestación de servicios**

El análisis de los artículos 35 y 114 de la Ley 1098 de 2006 sugiere que estas normas solo son aplicables a las relaciones laborales, es decir, a la prestación personal de un servicio por parte de una persona bajo la continuada dependencia o subordinación de otra a cambio de una remuneración. Si bien los contratos laborales y de prestación de servicios tienen en común el primer y el último elemento e implican el surgimiento de una obligación correlativa de hacer y dar, se diferencian en que la subordinación únicamente es propia de aquel. En efecto, el literal b) del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, […] faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato […]». Al respecto:

La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél.

La norma en referencia, al tiempo que regula el poder de subordinación del empleador le impone a éste, como limitantes, el respeto del honor y la dignidad del trabajador, asi como de sus derechos mínimos, que se vinculan a los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos en materia laboral[[25]](#footnote-25).

Por el contrario, el contrato de prestación de servicios presupone la completa autonomía de quien ejecuta las actividades previamente pactadas[[26]](#footnote-26). Por ello, el inciso 2 del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala que estos contratos no generan relación laboral alguna, lo cual es lógico en la medida que faltaría la subordinación como uno de sus elementos esenciales. No en vano, la doctrina explica que este elemento «Se encuentra en la facultad que tiene el empleador para imponerle órdenes al trabajador y exigirle su cumplimiento, señalarle el modo, tiempo y cantidad de trabajo, imponerle reglamentos y horarios»[[27]](#footnote-27). Al respecto, la jurisprudencia explica que:

29. El contrato de prestación de servicios estatuido en el referido artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados.

30. La prestación de servicios en esta modalidad contractual versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores u oficios a ejecutar.

31. El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Empero, la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

32. En ese orden se tiene que, la aludida modalidad contractual de prestación de servicio permanecerá inmutable, en la medida que el contratista goce plenamente de autonomía y liberalidad en la ejecución del objeto contractual, de tal suerte que, podrá desnaturalizarse el contrato de prestación de servicio en la medida que el contratista lleve a cabo las actividades contractuales de manera subordinada[[28]](#footnote-28).

Pese a que el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 dispone que «Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes […]», no es posible aplicar la analogía por dos (2) razones. Por un lado, dado que los elementos esenciales de la relación laboral son diferentes a los del vínculo contractual del prestador de servicios, el mecanismo de integración normativa es improcedente. Y por otra, porque el artículo 84 de la Constitución Política de 1991 dispone que «Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio», lo cual impide extender los requisitos de una relación a otra.

En este contexto, se concluye que los menores de edad, siempre que cuenten con la autorización o representación debida, pueden de celebrar contratos prestación de servicios, sin la obligación de cumplir con el trámite previsto en los artículos 35 y 114 de la Ley 1098 de 2006, ya que la autonomía en la ejecución de las labores encomendadas excluye la subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo. Así las cosas, mientras que no se utilice la figura como un medio para encubrir una relación laboral, se considera que no son exigibles la autorización previa del Ministerio de Trabajo con la especificación de horario de prestación del servicio, máxime cuando el contratista tiene independencia para manejar su tiempo en la ejecución de las tareas encomendadas.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se procederá a responder los interrogantes planteados.

**3.** **Respuesta**

i) ¿Es posible la celebración de un contrato de prestación de servicios por parte de una Alcaldía Municipal con un menor de edad que tiene diecisiete (17) años?

Conforme a los artículos 34 y 1504 del Código Civil, dado que las personas mayores de doce (12) años –pese a tener capacidad relativa– no están facultados expresamente por la ley para celebrar contratos de prestación de servicios, pueden suscribirlos siempre que estén debidamente representados o cuenten con la autorización de quienes tengan la patria potestad o, en su defecto, por quien ejerza la curaduría del menor de edad.

ii) ¿Cuáles serían los requisitos legales?

Los requisitos legales del contrato serán los previstos en la Ley 80 de 1993 para la modalidad de selección pertinente. En todo caso, conforme a lo anotado en el apartado anterior, se considera que no es exigible el trámite previsto en los artículos 35 y 114 de la Ley 1098 de 2006, el cual podría realizarse de manera meramente potestativa a efectos de evitar controversias posteriores tanto sobre la naturaleza independiente o no del servicio, como sobre los riesgos de las tareas realizadas. Lo anterior, supone respetar la autonomía del contratista en la ejecución de las actividades que hacen parte del objeto, sin que el contrato se utilice para encubrir una relación laboral subordinada, pues implica el riesgo de la declaratoria judicial de contrato realidad, con la correspondiente condena y la imposición de las sanciones a que haya lugar.

Así mismo, con prescindencia de la minoría de edad y más allá de la capacidad legal, las entidades estatales deben examinar con cuidado en cada caso si las labores que pretende encomendar al menor sí son susceptibles de ser ejecutadas por este, atendiendo a su nivel de formación académica y a su experiencia; ello en la medida en que los contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión en ciertas ocasiones requieren de un conjunto de conocimientos cualificados de tipo intelectual, que brinda el estudio de una disciplina o la trayectoria laboral.

De todas formas, pese a que el marco normativo citado en el apartado anterior fundamenta razonablemente la respuesta de Colombia Compra Eficiente a la solicitud planteada, se considera prudente exhortar al peticionario a que formule estas inquietudes al Ministerio del Trabajo. Lo anterior, en la medida que el artículo 113 de la Ley 1098 de 2006 le atribuye competencia a la Entidad para autorizar el trabajo de los menores de edad; razón por la cual, el Ministerio del Trabajo define con criterio de autoridad si este requisito también es exigible o no en los contratos de prestación de servicios[[29]](#footnote-29).

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Juan David Montoya PenagosContratista Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz Díez Contratista Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Anexo: | 0 |

1. El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo establece: «1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración». [↑](#footnote-ref-1)
2. En efecto, el artículo 244 de la Ley 1955 de 2015 dispone, en lo pertinente: «Los trabajadores independientes con ingresos netos iguales o superiores a 1 salario mínimo legal mensual vigente que celebren contratos de prestación de servicios personales, cotizarán mes vencido al Sistema de Seguridad Social Integral, sobre una base mínima del 40% del valor mensualizado del contrato, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

»Los independientes por cuenta propia y los trabajadores independientes con contratos diferentes a prestación de servicios personales con ingresos netos iguales o superiores a un (1) salario mínimo legal mensual vigente efectuarán su cotización mes vencido, sobre una base mínima de cotización del 40% del valor mensualizado de los ingresos, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA). En estos casos será procedente la imputación de costos y deducciones siempre que se cumplan los criterios determinados en el artículo 107 del Estatuto Tributario y sin exceder los valores incluidos en la declaración de renta de la respectiva vigencia.

»El Gobierno nacional reglamentará el mecanismo para realizar la mensualización de que trata el presente artículo». [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-3)
4. *Ibíd*. [↑](#footnote-ref-4)
5. El Decreto 1082 de 2015 lo establece de la siguiente manera: «Artículo 2.2.1.2.1.4.9. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

»Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

»La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan en­comendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos». [↑](#footnote-ref-5)
6. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de Unificación del 2 de diciembre de 2013. Exp. 41.719. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-6)
7. *Ibíd*. [↑](#footnote-ref-7)
8. *Ibíd*. [↑](#footnote-ref-8)
9. *Ibíd*. En efecto, el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de consultoría así: «Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

»Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

»Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato». [↑](#footnote-ref-9)
10. Así lo prevé el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015: «La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual debe contener:

»1. La causal que invoca para contratar directamente.

»2. El objeto del contrato.

»3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.

»4. El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.

»Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales (a) y (b) del artículo 2.2.1.2.1.4.3 del presente decreto». [↑](#footnote-ref-10)
11. Esta norma expresa: «Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

»[…]

»2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios […]». [↑](#footnote-ref-11)
12. La norma dispone: «La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión». [↑](#footnote-ref-12)
13. Según dicho artículo «Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

»No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes […]». [↑](#footnote-ref-13)
14. Es esto lo que establece el Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.5. No obligatoriedad de garantías. En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1.del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigirlas o no debe estar en los estudios y documentos previos». [↑](#footnote-ref-14)
15. Esta norma prescribe que «Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

»1o.) que sea legalmente capaz;

»2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio;

»3o.) que recaiga sobre un objeto lícito;

»4o.) que tenga una causa lícita.

»La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra». [↑](#footnote-ref-15)
16. JOSSERAND, Louis. Derecho civil: teorías generales del derecho y de los derechos. Las personas. Tomo I. Volumen I. Buenos Aires: EJEA, 1952. pp. 262-263. [↑](#footnote-ref-16)
17. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 26 de enero de 2011. Rad. 36.408. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-17)
18. Para estos efectos, la doctrina considera que «[…] la incapacidad especial afecta únicamente a ciertas personas, impidiéndoles que puedan ejecutar actos específicos que la ley señala en cada caso; de modo que, para que sea aplicable, se requieren dos condiciones: la persona misma y el acto.

»Si esas personas, que, por otra parte, son plenamente capaces para celebrar o ejecutar válidamente cualquier acto o contrato de la vida civil, celebran uno, para el cual son capaces, el acto o contrato es válido, porque la incapacidad sólo dice relación con el acto o contrato específico que la ley señala.

»Igualmente, el acto o contrato para cuya ejecución o celebración la ley considera incapaz a ciertas y determinadas personas no tiene en sí nada de reprobable, y puede, por lo general, ser ejecutado por cualquier individuo, estando las más de las veces expresamente reglamentado por la legislación. Pero si es ejecutado por aquellas personas, la ley no permite su subsistencia y autoriza su anulación, porque no quiere que esas personas, que están en situaciones especiales, celebren o ejecuten tales actos o contratos.

»En consecuencia, en las incapacidades especiales existe una relación íntima entre la calidad o estado de que está revestida una persona, y el acto específico que realiza. Por tal motivo, tratándose de una persona que no reúna esa calidad o estado, el acto puede ejecutarse sin ningún inconveniente; y en igual forma, tratándose de otro acto diverso, la persona que tenga esa calidad puede ejecutarlo válidamente. La incapacidad especial se produce, pues, por la conjunción de dos circunstancias, que deben coexistir: persona que reúna ciertas condiciones o que tenga un estado especial determinado por la ley, y acto cuya celebración sea prohibida a esa persona» (ALESSADRI BESA, Arturo. La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno. Tomo I. Santiago de Chile: Ediar Editores LTDA, 1949. p. 471). [↑](#footnote-ref-18)
19. MONTOYA PÉREZ, Guillermo y MONTOYA OSORIO, Martha Elena. Las personas en el derecho civil. Tercera edición. Bogotá: Leyer, 2010. p. 312. [↑](#footnote-ref-19)
20. Esta norma señala que “1o) Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. 2o) Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono, y la remuneración, cualquiera que sea su forma de salario”. [↑](#footnote-ref-20)
21. MONTOYA PÉREZ, Guillermo y MONTOYA OSORIO, Martha Elena. Las personas en el derecho civil. Tercera edición. Bogotá: Leyer, 2010. p. 308. [↑](#footnote-ref-21)
22. Modificado por el artículo 40 del Decreto-Ley 2820 De 1974, la norma dispone que «Los derechos de administración de los bienes, el usufructo legal y la representación extrajudicial del hijo de familia serán ejercidos conjuntamente por el padre y la madre. Lo anterior no obsta para que uno de los padres delegue por escrito al otro, total o parcialmente, dichas administración o representación.

»Si uno de los padres falta, corresponderán los mencionados derechos al otro.

»En los casos en que no hubiere acuerdo de los titulares de la patria potestad sobre el ejercicio de los derechos de que trata el Inciso primero de este artículo o en el caso de que uno de ellos no estuviere de acuerdo en la forma como el otro lleve la representación judicial del hijo, se acudirá al juez o al funcionario que la ley designe para que dirima la controversia, de acuerdo con las normas procesales pertinentes». [↑](#footnote-ref-22)
23. La norma prescribe lo siguiente: «El menor adulto no sometido a patria potestad quedará bajo curaduría; el menor adulto, en todos los casos, tendrá derecho a proponer al Juez el nombre de su curador, incluso contradiciendo la voluntad del testador y el Juez deberá acogerlo a menos que existan razones para considerar inconveniente el curador propuesto, de las cuales se dejará constancia escrita. El curador del niño o niña seguirá ejerciendo su cargo al llegar estos a la adolescencia, salvo que el pupilo, en ejercicio de las facultades que se consagran en este artículo solicite su remoción y el Juez la encuentre procedente.

»En cuanto al cuidado personal, el curador del menor adulto tendrá las mismas facultades y obligaciones que el curador del impúber y en estas se sujetará a las disposiciones del Código de la Infancia y la Adolescencia, pero no lo representará en aquellos actos para los cuales el menor adulto tiene plena capacidad.

»Respecto de los actos jurídicos de administración patrimonial, el curador obrará del mismo modo que los consejeros, pero el menor adulto podrá conferir a su guardador poderes plenos para representarlo en todos sus actos jurídicos extrajudiciales.

»La representación judicial del menor adulto corresponde al curador.

»Cuando el menor adulto presente discapacidad mental absoluta, el curador actuará de la misma manera que el curador de una persona en dicha condición y estará obligado a solicitar la interdicción del pupilo a partir de la pubertad y en todo caso antes de llegar el pupilo a la mayoría de edad, so pena de responder por los eventuales perjuicios que se causen al pupilo o sus herederos.

»Parágrafo. Los padres o el curador y el mismo menor adulto, podrán solicitar la designación de un consejero para el manejo de su peculio profesional y el Juez, de considerarlo procedente, decretará la inhabilitación sometiéndose a las reglas pertinentes.

»Producida la inhabilitación, los padres o el curador hará las veces de consejero, a menos que el Juez, a solicitud del menor adulto, estime conveniente designar otro guardador que tendrá el carácter de administrador adjunto». [↑](#footnote-ref-23)
24. ALESSADRI BESA, Arturo. La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno. Tomo II. Santiago de Chile: Ediar Editores LTDA, 1949. p. 766 [↑](#footnote-ref-24)
25. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-386 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

 [↑](#footnote-ref-25)
26. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-26)
27. CADAVID GÓMEZ, Ignacio y ARENAS GALLEGO, Eraclito. Cartilla del Trabajo. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2008. p. 32. [↑](#footnote-ref-27)
28. CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 20 de septiembre de 2018. Rad. 2046-17. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. [↑](#footnote-ref-28)
29. En efecto, el inciso 1 del artículo 113 de la Ley 1098 de 2006 dispone que «Corresponde al inspector de trabajo expedir por escrito la autorización para que un adolescente pueda trabajar, a solicitud de los padres, del respectivo representante legal o del Defensor de Familia. A falta del inspector del trabajo la autorización será expedida por el comisario de familia y en defecto de este por el alcalde municipal». [↑](#footnote-ref-29)