

CONCEPTO 09 DE 2023

()

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: Bibiana Cecilia Pinto Tovar, Subdirectora Centro Agroempresarial y Minero – Regional Bolívar (bcpinto@sena.edu.co)
ASUNTO: Contratación de apoyos a la gestión, protección constitucional especial y Directiva Presidencial [8](#)-2022

Mediante comunicación con radicado 13-9-2023-000678, el Grupo de Conceptos y Producción Normativa recibió su solicitud de concepto sobre la contratación en el marco de la Directiva Presidencial [8](#) de 2022 y el supuesto de protección especial constitucional por estado de embarazo.

Su solicitud se expresó en los siguientes términos:

“Durante la vigencia 2022, se suscribió contrato de prestación de servicios, en el transcurso de ejecución del contrato la persona manifiesta verbalmente que se encuentra en estado de embarazo. Para la vigencia 2023, por considerarse que la persona está amparada con protección constitucional especial se le invita a suscribir contrato de apoyo a gestión administrativa. La persona al iniciar la entrega de los documentos manifiesta que ya tiene suscrito contrato de prestación de servicios desde el 10 de enero 2023, con la Corporación Autónoma Regional del Departamento. // Atendiendo la Directiva [008](#) de 2022, 'las entidades públicas no podrán justificar la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión por insuficiencia de personal de planta para evacuar el respectivo trabajo, si tales contratos serán suscritos con personas naturales que ya tienen otros contratos de prestación de servicios con otras entidades públicas'. Se consulta si el SENA debe suscribir contrato de prestación de servicios para garantizar la protección constitucional especial. De ser positiva su respuesta, ¿cuál sería el sustento jurídico para no aplicar la directiva? ¿Una persona puede solicitar protección especial constitucional por estado de embarazo a dos entidades del estado en el mismo periodo de contratación?”

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

PRECEDENTES NORMATIVOS

Para el análisis se tendrán en cuenta que la consulta propone cuestiones relacionadas con los lineamientos internos en materia de contratación y protección especial constitucional para la aplicación de la Directiva Presidencial No. [8](#) de 2022; y con la posibilidad de que una persona solicite protección especial por estado de embarazo a dos entidades simultáneamente, cuyo alcance es más general.

La Constitución Política de Colombia, en su artículo [4](#), establece el principio de supremacía constitucional al disponer que: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. (...)”

El artículo [53](#) de la Constitución Política de Colombia dispone: “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: // (...) protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.”

Por otra parte, en el artículo [43](#), la Constitución Política refiere que “la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.”

Mediante Directiva Presidencial No. [8](#) de 2022, el Presidente de la República impartió a las entidades de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional una serie de medidas “para fortalecer la racionalización, la probidad y la eficiencia del gasto público, en desarrollo de los principios que rigen la función pública”. Entre las medidas para la optimización de recursos en la contratación pública, en el numeral 1.1 se encuentra la siguiente instrucción relacionada con los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión: “Las entidades públicas solo podrán celebrar contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión cuando estos sean estrictamente necesarios por el volumen de trabajo que tenga a su cargo su personal de planta, o por la necesidad de conocimientos especializados. La necesidad de estos contratos deberá justificarse detalladamente, caso a caso, en los documentos precontractuales (...). Las entidades públicas no podrán justificar la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión por insuficiencia de personal de planta para evacuar el respectivo trabajo, si tales contratos serán suscritos con personas naturales que ya tienen otros contratos de prestación de servicios con otras entidades públicas, lo cual verificarán previamente en la plataforma del SECOP.”

Para dictar los lineamientos relativos a la contratación de servicios personales durante la presente vigencia, incluyendo la implementación de las medidas impartidas a través de la Directiva Presidencial No. [8](#) de 2022, el SENA expidió la Circular 3-2022-000[192](#) del 9 de noviembre de 2022. En esta Circular, se impartieron directrices generales y específicas como las siguientes:

“1. La contratación de servicios personales en el SENA para la vigencia 2023 se debe realizar con plena observancia de las normas legales y reglamentarias vigentes que rigen el tema, así como las de austeridad del gasto público, garantizando la aplicación de los principios de contratación (...) y los que orientan la función administrativa (...), además de la satisfacción del interés general, el cumplimiento de los fines estatales y aplicando además las directrices y procedimientos de esta Circular. // ... // Solo podrán suscribirse contratos de servicios personales para instructor, o para apoyar la gestión misional o administrativa, cuando exista la necesidad del servicio debidamente justificada por la dependencia o el Centro de Formación, se cuente con los recursos presupuestales disponibles y esté incluido en el Plan Anual de Adquisiciones 2023; adicionalmente, es deber de los ordenadores del pago y del gasto cumplir a cabalidad las normas, políticas y lineamientos de austeridad, eficiencia, economía y efectividad, para lo cual, conforme a las Directrices Presidenciales número [01](#) y [08](#) de 2022, el artículo [2.8.4.4.5](#) del Decreto 1068 de 2015 y el artículo [3](#) del Decreto No. 397 de 2022, cada Dirección, Oficina, Regional o Centro debe realizar una revisión previa y rigurosa de las razones que justifiquen la contratación de

servicios profesionales y de apoyo a la gestión para suscribir solamente los que sean estrictamente indispensables según sus necesidades y por el tiempo necesario durante la vigencia 2023, procurando la eliminación gradual y progresiva de estos contratos, 'ejecutando planes para proponer y realizar las reestructuraciones necesarias, sin afectar la prestación del servicio y el cumplimiento de los fines misionales' de la Entidad.”

En referencia a la Directiva Presidencial, en la Circular SENA 3-2022-000[192](#) se dispuso: “Es obligación de todos los ordenadores del gasto del SENA dar estricto cumplimiento a la Directiva Presidencial No. [008](#) de 2022 o la que esté vigente al momento de realizar la contratación.” Adicionalmente, la Circular reiteró íntegramente el numeral 1.1 de esa Directiva, que establece la limitante relacionada con el supuesto de contratación de servicios de apoyo a la gestión con personas naturales que tengan otros contratos de prestación de servicios con otras entidades públicas, cuando se justifique en la insuficiencia de personal de planta.

En torno a la protección constitucional especial, la Circular SENA 3-2022-000[192](#) trata el asunto en el numeral 3, donde señala: “Los casos de protección constitucional especial de las personas que vienen contratados en el SENA 2022, deben ser analizados y resueltos por cada ordenador del gasto teniendo en cuenta los parámetros señalados por la Dirección Jurídica del SENA de acuerdo con las normas y la jurisprudencia vigente; con este fin, la persona interesada deberá acreditar oportunamente ante la respectiva Regional o Centro de Formación el cumplimiento de todos los requisitos. (...)”

Los parámetros de la Dirección Jurídica a los alude la citada Circular se encuentran en el Concepto SENA [37678](#) de 2020, que tuvo por asunto “Lineamiento unificado contratación personas o sujetos con protección reforzada”, que en su momento fue solicitado para especificar las diferentes protecciones constitucionales que aplican para contratistas, con el fin de que los ordenadores del gasto puedan identificar las causales y requisitos que ha dado la jurisprudencia para que aplique la protección.

En materia de protección especial constitucional, el Concepto SENA [37678](#) de 2020 señala que: “En el estatuto de contratación estatal que actualmente integran las Leyes [80](#) de 1993 y [1150](#) de 2007 y el Decreto Reglamentario [1082](#) de 2015 no existe un régimen o norma especial para la contratación de personas que puedan encontrarse en situaciones que les permita su protección constitucional laboral reforzada. // Sin embargo, por vía de jurisprudencia, en especial aquella emanada de la Corte Constitucional, se ha precisado que la protección reforzada para ciertos sujetos o grupo de la población se predica para todos los contratos sin importar su naturaleza ni si el empleador o contratante es del sector público o privado.”

En lo atinente a la protección especial constitucional para mujeres en estado de embarazo y lactancia, el concepto indica:

“En relación con la protección laboral reforzada de la mujer durante el embarazo, la licencia de maternidad y la lactancia, sin importar si se trata de una relación laboral o de un vínculo contractual bajo la modalidad de prestación de servicios, la Corte Constitucional se ha pronunciado, entre otras, en las Sentencias de unificación SU-049 de 2017, SU-070 de 2013, SU-071 de 2013 y SU-075 de 2018. // La Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-070 de 2013, señaló que **la protección laboral reforzada de mujeres embarazadas es una garantía supra legal aplicable en los sectores público y privado** con independencia de la modalidad de contratación. // Por ser relevante para el asunto en cuestión, conviene traer a colación lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia SU-0075 de 2018: '(...) La

Sentencia SU-070 de 2013 estableció algunas pautas para precisar el alcance de la unificación normativa: (i) En primer lugar, determinó que las reglas de procedencia de la acción de tutela en materia de protección constitucional reforzada de mujeres embarazadas en el ámbito laboral 'son las generales que han sido definidas en reiterada jurisprudencia'. Añadió que el amparo debe interponerse en un plazo razonable y que la exigencia de vulneración o amenaza al mínimo vital de la madre o del recién nacido es necesaria únicamente cuando se discute la protección reforzada de maternidad en sede de tutela. (ii) En segundo lugar manifestó que el juez de tutela debe valorar, en cada caso concreto, los supuestos que rodean el despido de la trabajadora, para determinar **si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral**. Por tanto, estimó que debe darse un tratamiento diferenciado 'si se trata de cargos de temporada o de empresas pequeñas, respecto de cargos permanentes dentro de grandes compañías o cuando la vacante dejada por la trabajadora despedida, fue suplida con otro trabajador'. (iii) En tercer lugar, indicó que las reglas derivadas de la protección constitucional reforzada a la mujer embarazada y lactante que han sido definidas en esas consideraciones, se extienden por el término del período de gestación y la licencia de maternidad, es decir, aproximadamente los cuatro meses posteriores al parto. (iv) Finalmente, en aquellos eventos en los cuales corresponde ordenar al empleador el pago de las cotizaciones a la seguridad social que se requieran para que la mujer embarazada pueda acceder a la licencia de maternidad, y ya tuvo lugar el nacimiento del hijo, el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia como medida sustitutiva. // **CONCLUSIÓN:** En el caso del estado de embarazo de la mujer contratista vinculada por prestación de servicios procede la aplicación de medidas para garantizar la protección reforzada derivada de la maternidad, pues según la jurisprudencia constitucional, la estabilidad laboral reforzada se predica para todos los contratos sin importar su naturaleza o si el empleador o contratante sea del sector público. // **La protección reforzada derivada de la maternidad procede en caso de terminación del vínculo contractual, cuando se demuestre, sin alguna exigencia adicional: a) la existencia de una relación laboral o de prestación de servicios, y b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los cuatro meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación de servicios.** (Corte Constitucional Sentencia SU 075 de 2018) // Conforme con el pronunciamiento de la Corte Constitucional en las Sentencias de Unificación SU-070 y 071 de 2013, la estabilidad laboral reforzada para una contratista en estado de embarazo opera en la medida en que, al momento de aproximarse la finalización del plazo pactado en el contrato, se constate que: **i) persiste la necesidad institucional de contar con esos servicios y ii) que la contratista gestante ha cumplido cabalmente sus obligaciones.** // En caso de que persista la necesidad institucional de contar con los servicios que venía prestando la contratista embarazada, en licencia de maternidad o durante la lactancia, la entidad deberá preferirla en igualdad de condiciones frente a otros candidatos o candidatas que reúnan los mismos requisitos y perfiles exigidos para la prestación del servicio. // Es importante tener en cuenta que según lo expuesto en la Sentencia SU-075 de 2018 antes referida, las reglas derivadas de la protección constitucional reforzada a la mujer embarazada y lactante se extienden por el término del período de gestación y la licencia de maternidad, es decir, aproximadamente los cuatro meses posteriores al parto.”

Recientemente, mediante Concepto SENA 01-9-2022-082299 del 14 de diciembre de 2022, se respondió a la solicitud de la Secretaría General de revisar la vigencia del Concepto [37678](#) de 2020. Para los efectos de la consulta, de este concepto se considera pertinente citar los siguientes apartes:

“Sobre la población objeto de protección especial constitucional, es necesario destacar que si bien en principio no existe un derecho que implique la estabilidad indefinida en los contratos de

prestación de servicios, no es menos cierto que existe una protección reforzada para aquellas personas que, por su situación particular, se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad o debilidad manifiesta. // Sin embargo, los fallos proferidos mediante los cuales se ha ordenado la protección constitucional reforzada, han estado referidos y dirigidos a la continuidad del contrato, supeditado en todo caso, a que la entidad requiera en la nueva vigencia fiscal el servicio que presta la persona, tal como se indicó en el concepto unificado [37678](#) de 2020 (octubre 23) y en ese orden de ideas, el citado concepto no ha perdido su vigencia. En razón a ello, esta coordinación solo procede a adicionar jurisprudencia sobre algunas de las poblaciones que pueden considerarse sujetos de especial protección constitucional (...).”

En el punto de la protección especial constitucional para mujeres en estado de embarazo y lactancia, no se adicionaron precedentes jurisprudenciales, por lo que el tema se sigue orientado por las Sentencias de Unificación SU-049 de 2017, SU-070 y SU-071 de 2013 y SU-075 de 2018.

En la conclusión en el Concepto SENA 01-9-2022-082299 del 14 de diciembre de 2022 se expresa lo siguiente: “Teniendo en cuenta lo antes expuesto, se reitera lo señalado en el Concepto [37678](#) de 2020 (octubre 23) el cual hace referencia a la estabilidad laboral reforzada para efectos del proceso de contratación de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, por lo cual se sugiere **que para efectos del proceso de contratación para la vigencia del año 2023, el ordenador del gasto y los servidores públicos competentes en las respectivas dependencias del SENA deberán valorar en cada caso** las condiciones específicas y las circunstancias particulares de la persona que aduzca tener la condición de sujeto de especial protección constitucional, siguiendo las orientaciones aplicables a la estabilidad laboral reforzada.”

En los antecedentes jurisprudenciales que han sustentado los conceptos aludidos, se encuentran otros elementos relevantes para el presente análisis. Así, por ejemplo, en la Sentencia SU-075 de 2018, la Corte Constitucional reiteró los fundamentos constitucionales de la protección a la mujer embarazada, expresando los siguientes argumentos, entre otros:

“Desde sus primeros años, la Corte Constitucional ha reconocido que la protección laboral reforzada de las mujeres durante la gestación y la lactancia es un mandato superior que se deriva principalmente de cuatro fundamentos constitucionales: (i) El derecho de las mujeres a recibir especial protección durante la maternidad, el cual se encuentra previsto en el artículo [43](#) de la Constitución. (...) Así, **la jurisprudencia constitucional ha destacado que este enunciado implica a su vez dos obligaciones a cargo del Estado: la especial protección de la mujer embarazada y lactante -sin distinción-** (...). En este sentido, se trata de una protección general para todas las mujeres gestantes. (ii) La protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito laboral (...). El fin de la salvaguarda en este caso es impedir la discriminación que, a raíz del embarazo, pueda sufrir la mujer, específicamente la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión de esa condición de lactancia. De este modo, el fuero de maternidad encuentra también sustento en la cláusula general de igualdad de la Constitución (...). (iii) La protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la vida se erige también en un sustento normativo de la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo (...). Este derecho, como bien jurídico de máxima relevancia constitucional, implica no solo la protección de la mujer durante la etapa gestacional, sino también se extiende a la protección al ejercicio pleno de la maternidad. De este modo, la protección de la mujer durante el embarazo también responde al valor que la Constitución le confiere a la vida en gestación,

para lo cual contempla una protección específica y diferenciable de aquella que se otorga al derecho a la vida. (...) En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. (iv) Por último, la relevancia de la familia en el orden constitucional es una justificación adicional de la especial protección de la mujer gestante y lactante.”

En la misma Sentencia (SU-075-2018), la Corte Constitucional reiteró criterios que han sido adoptados desde anteriores pronunciamientos, entre ellos los de la Sentencia SU-070 de 2013 respecto a la procedencia y alcance de la protección. Al respecto, es oportuno citar lo siguiente:

“En este sentido, la Sala Plena estableció dos reglas principales en relación con esta materia: // **(i) La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo procede cuando se demuestre, sin ninguna otra exigencia adicional,** lo siguiente: (a) La existencia de una relación laboral o de prestación y; (b) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.”

Entre los aspectos que determinan el alcance de la protección, en la Sentencia SU-075 de 2018, se encuentra el referido al “conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador como componente para determinar el alcance de la protección laboral a la maternidad”. Sin perjuicio de las conclusiones que en particular se adoptan sobre el punto en esta Sentencia, es importante considerar que “(...) el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas no depende del momento en el cual el empleador tuvo conocimiento del estado de gravidez, pues el fuero de maternidad se desprende de la especial protección constitucional que recae sobre las trabajadoras. Sin embargo, dicha notificación es relevante para establecer el alcance de las medidas que los jueces constitucionales pueden otorgar en estos casos.”

Teniendo en cuenta estos antecedentes y el alcance de este pronunciamiento, daremos respuesta a sus interrogantes, reiterando que el análisis y conclusiones de este documento son orientaciones de carácter general que no tienen la finalidad de solucionar directamente problemas específicos.

ANÁLISIS JURÍDICO

El asunto objeto de consulta se refiere a una protección especial de rango constitucional que, como se ha reseñado, ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial que ha sido recogido en los conceptos citados, y que en la Circular de lineamientos de contratación para la presente vigencia se recomienda consultar para los casos de protección constitucional especial de personas que vienen contratadas desde la vigencia 2022.

En el contexto expuesto se resalta que, ante una circunstancia como la consultada, la Entidad debe realizar un análisis objetivo en cada caso para la correcta aplicación de los criterios normativos y de interpretación identificados en la jurisprudencia. Según los lineamientos del SENA, el análisis y la resolución del caso debe ser realizado por el ordenador del gasto, quien objetivamente conoce las circunstancias concretas en que se desarrolla el contrato y a quien corresponde determinar si los criterios se reúnen.

En ese sentido, al momento de analizar y resolver en concreto la situación que se presenta en el Centro sobre el punto particular de la protección especial a mujeres en estado de embarazo, deben observarse los siguientes lineamientos o pautas generales que se extraen de los antecedentes citados:

- En el caso del estado de embarazo de la mujer vinculada por contrato de prestación de servicios procede la aplicación de medidas para garantizar la protección reforzada derivada de la maternidad.

- Las medidas de protección que puedan adoptarse frente a la mujer en estado de embarazo se adoptan para todos los contratos sin importar su naturaleza o si el empleador o contratante es del sector público o privado.

- La protección reforzada derivada de la maternidad procede en caso de terminación del vínculo contractual, cuando se demuestre, sin exigencia adicional: a) La existencia de una relación laboral o de prestación de servicios y b) que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los cuatro meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación de servicios.

- Las medidas de protección en el caso de una contratista en estado de embarazo han estado referidas y dirigidas a la continuidad del contrato, condicionado a que se constante: i) Que persiste la necesidad institucional de contar con los servicios y ii) Que la contratista ha cumplido cabalmente con las obligaciones, sin que por esto la relación contractual por prestación de servicios se torne en una relación laboral de otra naturaleza.

En vista de que la protección constitucional está orientada, entre otras razones, a prevenir toda situación de discriminación de la mujer por su estado de embarazo o con motivo de la maternidad, el análisis que se realice en cada caso debe garantizar la objetividad en la toma de decisiones, que no deben estar determinadas por esa condición. Es decir, lo que se busca en el ámbito del contrato de prestación de servicios, es que la falta de renovación del contrato no esté determinada por la situación de embarazo. Por eso, en el caso de persistir la necesidad institucional de contar con los servicios que venía prestando la contratista embarazada, la entidad deberá preferirla en igualdad de condiciones frente a otros candidatos o candidatas que reúnan los mismos requisitos y perfiles exigidos para la prestación del servicio.

Ahora bien, para efectos del tema consultado, es pertinente resaltar que la jurisprudencia ha reiterado que “la protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo procede cuando se demuestre, sin ninguna otra exigencia adicional” la existencia de la relación laboral o de prestación y el estado de embarazo de la mujer. Eso indicaría que, independientemente de otras circunstancias, al reunirse estos presupuestos junto con la condición de persistir la necesidad de la Entidad en la prestación del servicio, se debe procurar adoptar medidas de protección.

Lo anterior se considera para responder específicamente al punto de la posibilidad de que una mujer reclame de dos o más entidades una protección especial por su estado de embarazo. En primer lugar, como se ha dicho, el análisis debe realizarse concretamente sobre cada caso, atendiendo los criterios y circunstancias propios de cada uno de ellos. En nuestro criterio, dicho análisis corresponde hacerlo a cada empleador o contratante independientemente, porque, en segundo lugar, la jurisprudencia resalta que para que la protección derivada de la maternidad proceda en caso de terminación del vínculo contractual basta con que se demuestren dos condiciones: La existencia de la relación contractual de prestación de servicios y el estado de embarazo al momento de la terminación contractual o que esta se presente durante los cuatro meses posteriores al parto. En tercer lugar, sin perjuicio de la constatación sobre la persistencia de la necesidad del servicio y el estado de cumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratista, los pronunciamientos citados reiteran que la protección procede sin ninguna otra

exigencia adicional, lo que excluiría la consideración sobre la existencia de otro vínculo contractual o laboral.

Ahora bien, en el caso de que del análisis se concluya que procede la contratación y que esta puede efectuarse a modo de protección a la maternidad, se considera que existe suficiente sustento para su realización en vigencia de los lineamientos expedidos mediante Directiva Presidencial, precisamente por el rasgo constitucional de dicha protección.

En el caso particular de la protección especial a mujeres embarazadas, la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que se trata de una garantía supra legal aplicable en los sectores público y privado, que se deriva de fundamentos constitucionales claros que, por su propio rango y naturaleza, tornan la protección reforzada a las mujeres durante la gestación la lactancia en un mandato superior.

La Corte Constitucional ha desarrollado las reglas aplicables para la protección especial de las mujeres en estado de embarazo en los ámbitos laborales con base en lo dispuesto en los artículos [43](#) y [53](#) de la Constitución Política, que se refieren a los derechos de las mujeres a la especial protección durante la maternidad y las obligaciones de asistencia y protección del Estado, relacionándolos con otros mandatos como el derecho a la igualdad, al mínimo vital y los preceptos constitucionales que protegen a los niños y a la familia, entre otros.

Estos planteamientos jurisprudenciales son, a su vez, expresión del principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo [4](#) de la Constitución Política, donde se erige a sí misma en norma de normas y ordena la aplicación preferente de sus normas en caso de incompatibilidad entre ella y la ley u otra norma jurídica.

No se está afirmando que la Directiva Presidencial sea incompatible con los mandatos constitucionales. Se quiere señalar que sus disposiciones son leídas dentro del marco legal y constitucional en el que fueron expedidas conforme a las funciones, competencias y facultades presidenciales. Por esto, sin negar su carácter vinculante y obligatorio, se considera que nada obsta para que al momento de aplicarla se observen también los principios, normas y mandatos constitucionales que fundamentan una protección especial a determinadas personas o sectores de la población.

Con ese sentido, la Circular SENA 3-2022-000[192](#) del 9 de noviembre de 2022 contempló las directrices generales y específicas para la contratación de servicios personales, resaltando la obligatoriedad de la Directiva Presidencial, respecto de la cual reitera que debe darse cumplimiento, y previendo también la posibilidad de que la contratación en los casos de protección constitucional especial pueda realizarse previo análisis caso a caso por parte de los ordenadores del gasto, que podrán resolver estas situaciones teniendo en cuenta los parámetros señalados en el SENA de acuerdo con las normas y la jurisprudencia vigente.

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta que el objeto y alcance de este documento no es resolver una situación jurídica particular, sino ofrecer lineamientos generales para la interpretación y solución de las situaciones comentadas en la consulta, se responde a sus preguntas así:

1. Se consulta si el SENA debe suscribir contrato de prestación de servicios para garantizar la protección constitucional especial.

Respuesta: Conforme a los lineamientos internos del SENA, corresponde a cada ordenador del gasto analizar y resolver los casos de protección constitucional especial de las personas que vienen contratadas de la vigencia 2022.

Para el respectivo análisis los ordenadores del gasto pueden consultar los parámetros señalados al interior de la Entidad, de acuerdo con las normas y la jurisprudencia vigente. Para el efecto, en este documento se han resaltados los elementos generales de los conceptos y lineamientos sobre el tema, enfatizando las condiciones para que proceda la protección constitucional desde el punto de vista de lo que debe verificarse (existencia de la relación contractual y estado de embarazo en vigencia de esta, a su terminación o que la terminación se presente dentro de los cuatro meses siguientes al parto), como las condiciones para que proceda la renovación del contrato a modo de protección (persistencia de la necesidad, cumplimiento de las obligaciones de la contratista).

Conforme a la jurisprudencia que se ha citado, en caso de persistir la necesidad institucional de contar con los servicios que presta una mujer embarazada, la Entidad debe preferirla en igual de condiciones frente a otras personas que reúnan los mismos requisitos y perfiles exigidos para la prestación del servicio.

2. De ser positiva su respuesta, ¿cuál sería el sustento jurídico para no aplicar la directiva?

Respuesta: Teniendo presente el alcance de este documento, si el ordenador del gasto concluye del análisis objetivo del asunto que procede la contratación a modo de protección especial constitucional, consideramos que los precedentes normativos y jurisprudenciales configuran el sustento jurídico para su realización. De reunirse las condiciones resaltadas para derivar la protección constitucional, la contratación respondería, en nuestro criterio, a un mandato constitucional por la garantía supra legal de protección a la mujer en estado de embarazo.

No obstante, en lo que tiene que ver con la aplicación de la Directiva Presidencial No. [8](#) de 2022, cuya observancia es obligatoria, debe tenerse en cuenta que esta da lineamientos sobre la contratación de servicios de apoyo a la gestión, limitándolos a los casos que sean estrictamente necesarios, debiendo justificar detalladamente las razones de la necesidad, y dicta que cuando sean necesarios por la insuficiencia de personal, deberá iniciar la adopción de medidas necesarias para asegurar que las correspondientes labores puedan ser desarrolladas por su personal de planta.

Adicionalmente ordena que “las entidades públicas no podrán justificar la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión por insuficiencia de personal de planta (...) si tales contratos serán suscritos con personas naturales que ya tienen otros contratos de prestación de servicios con otras entidades públicas.”

3. ¿Una persona puede solicitar protección especial constitucional por estado de embarazo a dos entidades del estado en el mismo periodo de contratación?

Respuesta: La jurisprudencia ha destacado que el mandato constitucional de protección a la maternidad implica obligaciones a cargo del Estado dirigidas a la mujer embarazada y lactante sin distinción. En la misma línea, la jurisprudencia ha reiterado que la protección procede, sin exigencia adicional, cuando se constate la existencia de la relación contractual y el estado de embarazo. En tal sentido, se considera que a cada entidad corresponde analizar la procedencia y alcance de la protección, así como el modo de concretarla, según las condiciones particulares del caso y del vínculo jurídico o contractual que tenga con la mujer embarazada, por lo que es posible estimar que esto no obsta para que en cada caso la protección tenga un alcance

diferenciado.

Por esta razón, sobre el particular es pertinente indicar que a la Entidad le corresponde analizar y resolver si hay lugar a la protección especial constitucional a partir de los elementos y circunstancias concretas de cada caso, atendiendo al vínculo jurídico contractual establecido entre esta y la contratista.

Por lo demás, debe considerarse que el ordenamiento constitucional, conforme a la jurisprudencia citada, abarca con la protección especial a las mujeres gestantes y lactantes en el ámbito laboral distintos derechos y garantías como su derecho a recibir una especial protección durante la maternidad, su protección ante situaciones de discriminación en el ámbito del trabajo, la protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la vida y la protección de la familia por su relevancia en el orden constitucional.

Este concepto se emite en los términos del artículo [28](#) de la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente,

MARTHA BIBIANA LOZANO MEDINA

Coordinadora Grupo de Conceptos y Producción Normativa

Dirección Jurídica



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

