

CONCEPTO 1497 DE 2021

(marzo 9)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

DE: XXXXXXXXXXXX , Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, 1-0014.

ASUNTO: Concepto Jurídico sobre la suspensión o no del contrato de prestación de servicios de una gestante en licencia de maternidad

En respuesta a la comunicación electrónica sin radicar de fecha 24 de febrero de 2021, mediante la cual solicita concepto sobre la suspensión o no del contrato de prestación de servicios de una gestante en licencia de maternidad; al respecto, de manera comedida le informo.

En la consulta puntualiza:

“Le pido el favor me ayude enviándome algún concepto respecto de la suspensión o no del contrato de prestación de servicios de una gestante en licencia de maternidad, según la trazabilidad de correos que anteceden.”

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

En el análisis del tema objeto de la consulta se tendrán en cuenta como antecedentes normativos los siguientes:

Constitución política

La Ley [80](#) de 1993

Sentencias de unificación SU [-075](#) de 2018, SU [-070](#) de 2013, SU [-071](#) de 2013 - Corte Constitucional.

ANÁLISIS JURÍDICO

La Constitución Política en sus artículos [43](#), [48](#) y [53](#) establece:

“ARTICULO [43](#). 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 éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. // El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”. (Subrayas nuestras).

“ARTICULO 48. <Adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005> // Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

(...)

La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. (Subrayas nuestras).

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: // Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. // El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. // Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. // La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”. (Subrayas nuestras).

Como puede observarse, la Constitución establece que la mujer durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y en caso de encontrarse desempleada o desamparada recibirá subsidio alimentario.

La Constitución contempla también el derecho irrenunciable a la seguridad social, instituido para todos los habitantes de Colombia como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Naturaleza del contrato de prestación de servicios

La Ley 80 de 1993 en su artículo 32 se refiere a los contratos estatales y en particular define el contrato de prestación de servicios así:

“Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación

(...)

3o. Contrato de prestación de servicios

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. (Las expresiones subrayadas fueron declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada)". (Subrayas fuera de texto original)

De acuerdo con esta norma, el contrato de prestación de servicios es aquel que celebran las entidades estatales con personas naturales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados; precisando que en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

En relación con su contenido y las normas que rigen los contratos estatales, entre ellos, el contrato de prestación de servicios, el artículo [40](#) de la Ley 80 de 1993 señala:

“Artículo 40.- Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración. (...) (Subrayas nuestras)

Los contratos estatales y, en particular, el contrato de prestación de servicios, las partes en desarrollo de la autonomía de la voluntad podrán incluir las modalidades, condiciones, cláusulas o estipulaciones que consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y los principios y finalidades del estatuto de contratación estatal y a los de la buena administración. Esto quiere decir que las estipulaciones que se incluyan en los contratos de prestación de servicios deben respetar los mandatos constitucionales y los principios legales vigentes.

El contrato de prestación de servicios se rige por las normas civiles, comerciales y las dispuestas en el estatuto de contratación estatal y su decreto reglamentario (Ley [80](#) de 1993, Ley [1150](#) de 2007 y Decreto [1082](#) de 2015), razón por la cual el numeral 3o del artículo [32](#) de la Ley 80 de 1993 precisa que el contrato de prestación de servicios “en ningún caso genera relación laboral ni prestaciones sociales” y debe celebrarse por el término estrictamente indispensable.

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.

- El contrato de prestación de servicios debe continuar vigente durante el embarazo, el parto y la licencia de maternidad, siempre y cuando subsista la necesidad que le dio origen, y sin perjuicio que en virtud de la autonomía de la voluntad las partes lo puedan suspender o terminar, pero en todo caso se debe procurar que no se afecte el derecho constitucional a la protección especial de

que goza la mujer gestante.

- Al término de la licencia de maternidad, se debe garantizar a la materna la continuidad de su contrato de prestación de servicios por el término en que subsista la necesidad que le dio origen y dentro de la correspondiente vigencia presupuestal.

- En caso de cambio de vigencia presupuestal en que persista la necesidad institucional de contar con los servicios que venía prestando la contratista embarazada o en licencia de maternidad, 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.

- La contratista debe haber realizado los aportes al Sistema General de Seguridad Social como trabajadora independiente y adelantar todos los trámites administrativos propios de la afiliación y los relacionados con la atención del parto y la licencia de maternidad.

- En ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes pueden acordar la suspensión del contrato.

- En el evento en que no se suspenda la ejecución con motivo del embarazo o la licencia de maternidad, el contrato continuará como si se tratara de una incapacidad laboral de carácter temporal, garantizándose su continuidad al término de dicha licencia, siempre y cuando subsista la necesidad que le dio origen.

- Si la contratista continúa ejecutando el objeto contractual, la EPS asumirá el pago de la licencia de maternidad y el contratante deberá cancelar los honorarios pactados.

- Nada impide que la mujer gestante haga uso de los medios tecnológicos a su alcance para desarrollar sus actividades y se informe al ordenador del gasto las circunstancias que le impidan ejecutar el contrato para que se tomen las medidas a que haya lugar a fin de garantizar la continuidad del mismo.

Así mismo, la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Trabajo, mediante radicados No. 95757/00112747 del 2 de agosto de 2012 y 9975 del 5 de marzo de 2014 sobre la licencia de maternidad, expresó lo siguiente:

“(…) “La legislación que regula la contratación estatal, concretamente la Ley [80](#) de 1993, modificada por la Ley [1150](#) de 2007 y sus Decretos Reglamentarios, no contempló las causales de suspensión del contrato de prestación de servicios celebrado con una entidad pública, motivo por el cual, debe señalarse que no existe ninguna disposición normativa que consagre de forma expresa, la suspensión del contrato en virtud de la licencia de maternidad de la contratista.

En el sector privado, debe señalarse igualmente la presencia del vacío normativo que existe sobre el particular, motivo por el cual, teniendo en cuenta que el contrato es ley para las partes, en cuanto obedecer al acuerdo de voluntades, a juicio de esta Oficina, serán las partes intervinientes quienes señalen en el contrato las causales de suspensión y quienes determinen el alcance de los eventos que constituyen fuerza mayor o caso fortuito, esto es, si la licencia de maternidad puede considerarse como tal.

No obstante lo anterior, si a pesar de la licencia de maternidad, las partes contratantes acuerdan no suspender el contrato de prestación de servicios, y la contratista acredita el cumplimiento de las actividades contratadas, en criterio de este Despacho habrá lugar al pago de honorarios, por

cuanto el objeto del mismo está siendo ejecutado.

(...) En esta medida, se considera que si las partes deciden suspender el contrato de prestación de servicios, y por ende, disfrutar del periodo de la licencia de maternidad, dicha prestación económica será asumida por la EPS; en caso contrario esto es, si no hubo suspensión del contrato de prestación de servicios y la contratista continúa laborando, la EPS asumirá el pago de la licencia y el contratante deberá cancelar los honorarios convenidos.

Sin perjuicio del criterio antes señalado, es preciso reiterar que como no es un asunto regulado por el ordenamiento jurídico laboral, son las partes contratantes quienes, de común acuerdo, deben determinar si suspenden o no el contrato de prestación de servicios". (Negritas y subrayas nuestras).

En virtud de lo expuesto, serán las partes las que estipulen en el contrato de prestación de servicios las causales de suspensión del mismo y en caso de que no decidan suspenderlo con ocasión del embarazo o licencia de maternidad, el contrato continuará apoyado en el fuero de maternidad como si se tratara de una incapacidad laboral de carácter temporal, garantizándose su prolongación al término de dicha licencia, siempre y cuando subsista la necesidad que le dio origen.

CONCLUSION

El contratante no puede terminar unilateralmente el contrato a ninguna contratista que se encuentre en estado de embarazo o periodo de lactancia, ni siquiera argumentado el vencimiento del término pactado, sin previa autorización por parte del Inspector del Trabajo.

- El amparo a la mujer en estado de embarazo protege su gestación y su periodo de lactancia sin importar la relación laboral que se tenga o la modalidad del contrato que se suscriba.

- El contratante está obligado a renovar el contrato siempre que se constate que: i) persiste la necesidad institucional de contar con esos servicios y ii) que la contratista gestante ha cumplido cabalmente sus obligaciones.

La mujer en licencia de maternidad, vinculada por contrato diferente al laboral, tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada. Si las partes deciden suspender el contrato de prestación de servicios, y, por ende, disfrutar del periodo de la licencia de maternidad, dicha prestación económica será asumida por la EPS, si no existiere suspensión del contrato y la contratista continúa laborando, la EPS asumirá el pago de la licencia y el contratante deberá cancelar los honorarios convenidos de acuerdo con el servicio efectivamente prestado.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015.

Cordial saludo,

Antonio José Trujillo Illera

Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos 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)

