

CONCEPTO 49562 DE 2018

(agosto 31)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

ASUNTO: Contrato de prestación de servicios-Embarazada

Respetada Doctora XXXXX.

Es pertinente recordar lo dispuesto en la Circular No. 00028 de 2013, para que a futuro sea tomada en cuenta por el personal de esa dependencia, y cuyo acápite pertinente señala:

[...] me permito informar que a partir de la fecha la asesoría y solicitudes de conceptos a la Dirección Jurídica, deberán ser radicados en el aplicativo Onbase y canalizados a través de la Secretaría General, Directores de Área, Jefes de Oficina, Directores Regionales, Subdirectores de Centro y Coordinadores de Grupo.

En consecuencia, de lo anterior consideramos que la solicitud se hace a título personal, sin entrar a definir la conducta asumida por quien la eleva, debido a que por medio de conceptos jurídicos no es viable analizar situaciones particulares ni evaluar actuaciones de los servidores públicos o contratistas del SENA, sin tener en cuenta lo señalado en la citada circular.

Ahora bien, en atención a su comunicación de fecha 27 de agosto de 2018, remitida mediante correo electrónico sin radicado, en la cual solicita concepto jurídico sobre un contrato de prestación de servicios de una contratista embarazada; me permito manifestarle:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que 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.

El Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, no tiene asignadas funciones administrativas, contractuales o disciplinarias, y tomar una decisión en esta vía en un caso particular que no le compete, pues implicaría excederse en sus funciones lo que acarrearía la respectiva responsabilidad disciplinaria. En consecuencia, la temática planteada se abordará en forma general para su análisis jurídico.

Finalmente, es pertinente recordar lo dispuesto en la Circular No. 00028 de 2013, para que a futuro sea tomada en cuenta por el personal de esa dependencia, y cuyo acápite pertinente señala: “[...] me permito informar que a partir de la fecha la asesoría y solicitudes de conceptos a la Dirección Jurídica, deberán ser radicados en el aplicativo Onbase y canalizados a través de la Secretaría General, Directores de Área, Jefes de Oficina, Directores Regionales, Subdirectores de Centro y Coordinadores de Grupo”.

CONCEPTO JURÍDICO

a) ANTECEDENTES

Señala quien consulta:

- Quiero solicitarle me indique cómo proceder respecto a una contratista, cuyo objeto es “Prestar los servicios profesionales para el relacionamiento corporativo difusión y promoción del portafolio de servicios del Centro de Formación”; tiene contrato hasta el 17 de noviembre, fecha en la cual tendrá siete (7) meses de embarazo.

- El Centro de Formación no cuenta con recursos disponibles para hacer adición a los apoyos administrativos.

- Es preciso adquirir los recursos para esta contratista o simplemente, se termina el contrato y en el mes de enero se le hace el contrato respectivo? En caso de solicitar los recursos y que sean denegados, qué se hace?

- Quedo atenta a sus lineamientos ya que se cuenta con sentencias en las que se evidencian diferentes conceptos, la Entidad cómo aplica al tema.

- Se deja constancia que se conceptúa con la información suministrada en el presente concepto y de manera general en cuanto al asunto.

b) ANÁLISIS

1. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

El contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación con el Estado de tipo excepcional, que se justifica constitucionalmente si es concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales, es decir, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad estatal o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados, vinculación que en ningún caso puede conllevar subordinación, recordó el Departamento Administrativo de la Función Pública, en el Concepto No. 57151 del 16 de marzo de 2016.

Sobre el contrato de prestación de servicios el artículo [32](#) de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación, dispone:

ARTICULO [32](#). “DE LOS CONTRATOS ESTATALES.-

(...)

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.” (Subrayado fuera de texto)

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en providencia de fecha 17 de marzo de 2010, expediente radicado número 18394, M.P. la doctora Ruth Stella

Correa Palacio, señaló:

[...] Para el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción de los intereses y necesidades colectivas, el ordenamiento jurídico otorga a la administración pública una serie de potestades encaminadas a la consecución del interés general. Cuando la Administración no puede realizar dichos cometidos directamente, los ejecuta con el concurso de particulares, mediante la figura del contrato estatal, entendido como expresión clara de una función administrativa del Estado. (Subraya fuera de texto)

Acto seguido, es pertinente citar el contexto en el cual se celebran los contratos estatales y cuál es su finalidad, al respecto el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B., M.P. Ruth Stella Correa Palacio, en sentencia del 31 de agosto de 2011, radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080), actor: PAVICON LTDA, demandado: Departamento de Cundinamarca, señaló:

(...) El objeto de los contratos que celebran las entidades públicas, persigue el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Por consiguiente, la causa del contrato es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado. De acuerdo con esta orientación, los contratos estatales están poderosamente influidos por el fin que ellos involucran, cual es el interés público, lo que determina, por una parte, que no le es permitido a la administración desligarse de la forma como los particulares contratistas realizan la labor encomendada a través del contrato; y de otra, que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad. Es decir, con el contrato se pretende la realización de un fin de interés general, pues es un medio que utiliza la administración pública para la consecución de los objetivos Estatales, el desarrollo de sus funciones y la misión que le ha sido confiada, con la colaboración o contribución de los particulares contratistas, los cuales concurren a su formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en un derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual. Es, entonces, la razonable contraprestación económica la que permite que exista un adecuado balance entre el interés público que anima al Estado a contratar y el interés individual que estimula a los particulares colaboradores a obligarse a suministrar los bienes y servicios objeto del contrato para contribuir con el cumplimiento de los fines de la contratación, el cual debe ser calculado y previsto al tiempo de proponer y contraer el vínculo contractual. (Subraya fuera de texto)

Es así como los contratos de prestación de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, guardando concordancia con lo establecido en el artículo [123](#) de la Constitución Política en cuanto autoriza que los particulares temporalmente desempeñen funciones públicas.

Ahora bien, se reitera, el contrato de prestación de servicios es una de las formas excepcionales y temporales a través de la cual los particulares pueden desempeñar funciones públicas, y su fin es satisfacer necesidades especiales de la administración que no pueden estar previstas en la planta de personal.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-614 de 2009, determinó si la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, contemplada en el artículo [2](#) del Decreto 2400 de 1968, es contraria a los artículos [2](#), [25](#) y [53](#) de la Constitución Política y señaló:

[...] esa prohibición legal constituye una medida de protección a la relación laboral, pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal. En efecto, la norma impugnada conserva como regla general de acceso a la función pública el empleo, pues simplemente reitera que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional y se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del "giro ordinario" de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados. (Subraya fuera de texto)

Tenemos entonces que según la jurisprudencia constitucional los contratos estatales se justifican constitucionalmente si son concebidos como instrumentos para atender actividades y tareas de apoyo a la gestión o colaboración para que la entidad cumpla sus funciones.

2. CONTRATISTA EMBARAZADA

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo [25](#), señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”, mientras que el artículo 102 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por nuestro país mediante la Ley 74 de 1968, señala que “se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto”.

La mujer en estado de embarazo también goza de protección en nuestra Carta Fundamental, así el artículo [43](#) de la misma advierte “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”, esto en concordancia con la protección a la vida como valor fundamental que consagran los artículos [11](#) y [44](#), y a la seguridad social según los artículos [48](#) y [53](#) de la Constitución Política.

Entonces existen en principio dos obligaciones, una de protección a la mujer embarazada y lactante, y otra, prestacional, ambas a cargo del Estado. Lo que busca el amparo precitado es evitar la discriminación por el estado de embarazo, es decir, la terminación de su relación laboral o la falta de renovación de su contrato, por dicha situación. Es pertinente señalar que la protección no se refiere solamente a aquellas mujeres que gozan de una relación laboral, ya sea privada o pública, sino que cubre a todas las mujeres colombianas en estado de gravidez.

La Corte Constitucional se pronunció mediante la sentencia SU-[070](#) de febrero 13 de 2013, Magistrado Ponente el doctor Alexei Julio Estrada, dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela de 33 casos correspondientes a mujeres, que en estado de embarazo fueron desvinculadas de sus actividades laborales, y a través de la acción de tutela buscaron la aplicación de la protección laboral reforzada constitucional por su condición.

El problema jurídico en dichos casos, radicó en que los casos revisados por la Corte correspondían a mujeres gestantes trabajadoras alegaron su condición para permanecer en desarrollo de sus alternativas laborales, independientemente del tipo de vinculación, incluyendo

el caso de contratistas por prestación de servicios. La Alta Corporación observó la necesidad de unificar los criterios a este respecto y determinar el alcance de la protección en función de la modalidad contractual, razón por la cual la corte profiere la sentencia de unificación.

En este orden de ideas, en esta oportunidad dispuso la Corporación:

“5.2 El alcance de la protección en función de la alternativa laboral.

(...) La jurisprudencia constitucional ha desarrollado entonces líneas jurisprudenciales cuyo fin ha sido asimilar las distintas alternativas laborales de las mujeres embarazadas a la categoría de relación laboral sin causales específicas de terminación, con el fin de extender su protección y cumplir con el carácter reforzado de la misma, ordenado por la Constitución. Esto le ha permitido adoptar medidas de protección propias de la legislación laboral, cuales son el reintegro o el reconocimiento de las prestaciones de seguridad social cuando el reintegro no es posible. Lo cual tiene por consecuencia reconocer la garantía de estabilidad laboral (conservación de la alternativa laboral) como manifestación práctica de la aplicación de la protección de la maternidad. Por lo que, resulta ineludible concluir que la modalidad de contratación no hace nugatoria la protección, sino remitir al estudio de la pertinencia o alcance de una u otra medida de protección. Con este camino de análisis la Corte pretende responder a la pregunta de cuáles son las órdenes pertinentes.

42. – Se ha sostenido pues, que la protección coherente con el sentido de fuero de maternidad, consiste en garantizar a la mujer trabajadora su “derecho efectivo a trabajar” independientemente de la alternativa laboral en la que se encuentre. En varias ocasiones se ha recalcado que para despedir a una mujer en esas circunstancias el empleador debe demostrar que media una justa causa y ha de adjuntar, de igual modo, el permiso de la autoridad administrativa competente. Esto no puede significar cosa distinta a la obligación de tomar medidas para mantener la alternativa laboral.

(...) en ese orden de argumentación, ha dicho la Corte Constitucional que la protección de estabilidad laboral reforzada a favor de las mujeres trabajadoras en estado de gravidez se extiende también a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo, e incluso por contratos de trabajo o prestación a término fijo.

Esto responde igualmente a la garantía establecida en el artículo 53 de la Constitución, de acuerdo con la cual, debe darse prioridad a la aplicación del principio de estabilidad laboral y de primacía de la realidad sobre las formas así como a la protección de la mujer y de la maternidad (art. 43 C.N.) (Subraya fuera de texto)

También manifestó la Corte Constitucional en sentencia de iniciación SU-070 de 2013 lo siguiente:

[...] FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE LA PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA O EN LACTANCIA/PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA DE MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA O EN LACTANCIA-Fuerza vinculante con instrumentos internacionales. La protección a la mujer durante el embarazo y la lactancia tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. En primer lugar, el artículo 43 contiene un deber específico estatal en este sentido cuando señala que la mujer “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”. Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer

embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada. En el mismo sentido, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y lactancia. Existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres. El segundo fundamento constitucional es la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo, habitualmente conocida como fuero de maternidad. El fin de la protección en este caso es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia. Un tercer fundamento de la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es. Ahora bien, la protección reforzada de la mujer embarazada, estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. 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. En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, buscando entre otros, “garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos”. (Subraya fuera de texto)

En este orden de ideas, la jurisprudencia de unificación constitucional, en lo que se refiere a la estabilidad laboral reforzada ha señalado que para la procedencia de medidas protectoras resulta exigible únicamente la demostración de que la mujer haya quedado en embarazo durante el desarrollo de la modalidad de servicios que la vincula, en la cual puede o no existir una relación laboral.

De este modo, en consideración a que las modalidades de servicios protegidas por la jurisprudencia constitucional no se circunscriben únicamente a la relación laboral (mediante contrato de trabajo o legal y reglamentaria) sino que se extienden distintas relaciones como el contrato de prestación de servicios, de cooperativismo, de servicios temporales, entre otros; resulta procedente la aplicación de las medidas propias de estabilidad en relaciones laborales, a modalidades de servicios sustentadas en relaciones contractuales distintas al contrato de trabajo o la relación laboral. En este orden de ideas, la consecuencia y medida de protección directa y primigenia es el reintegro o la renovación del contrato.

En concordancia con lo anterior, señaló la SU 070 encita:

[...] DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Es aplicable a todas las trabajadoras sin importar la relación laboral que se tenga o la modalidad del contrato. Respecto de algunas modalidades de vinculación, el ordenamiento jurídico colombiano le confiere a los empleadores cierta libertad para no prorrogar los contratos a término fijo que suscriben con los(as) trabajadores. Esta libertad, sin embargo, no es ilimitada y tampoco puede entenderse con independencia de los efectos que la misma esté llamada a producir sobre la relación entre unos y otros. En aquellos eventos en los cuales el

ejercicio de la libertad contractual, trae como consecuencia la vulneración o el desconocimiento de valores, principios o derechos constitucionales fundamentales, entonces la libertad contractual debe ceder. En ese orden de argumentación, ha dicho la Corte Constitucional que la protección de estabilidad laboral reforzada a favor de las mujeres trabajadoras en estado de gravidez se extiende también a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo, e incluso por contratos de trabajo o prestación a término fijo. Esto responde igualmente a la garantía establecida en el artículo [53](#) de la Constitución, de acuerdo con la cual, debe darse prioridad a la aplicación del principio de estabilidad laboral y de primacía de la realidad sobre las formas así como a la protección de la mujer y de la maternidad (art. [43](#) C.N). (Subraya y negrilla fuera de texto)

En consecuencia, dentro del contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, cuando se ha terminado la ejecución del contrato en mención y la contratista ha manifestado en cualquier momento o por cualquier medio su estado de embarazo, la Entidad empleadora debe aplicar lo señalado en las sentencias de unificación de la Corte Constitucional SU [070](#) Y [071](#) de 2013 las cuales concluyen lo siguiente:

[...] La estabilidad laboral reforzada se predica para todos los contratos sin importar su naturaleza, ni si el empleador o contratante es del sector público o privado.

[...] 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 conste que: i) Persiste la necesidad institucional de contar con esos servicios y ii) que la contratista gestante ha cumplido cabalmente sus obligaciones”.

Así se advierte, que en la hipótesis que el supervisor del contrato de prestación de servicios de la contratista embarazada, haya realizado requerimientos por el incumplimiento de las obligaciones del contratista, y si estas son las que conllevan a la terminación unilateral del contrato, la protección referida no opera, es decir, la Entidad no estará en la obligación de renovar el contrato de prestación de servicios.

Dentro de las buenas prácticas de contratación, debe considerarse la jurisprudencia en cuanto al tema de la renovación de contratos de prestación de servicios en estos casos, ya que la reglamentación de la contratación estatal no los regula de manera específica. En consecuencia, con fundamento en el principio de solidaridad como medida de protección a las mujeres gestantes, garantizando los medios económicos (honorarios) necesarios, para afrontar tanto el embarazo como la manutención del recién nacido, la entidad deberá reintegrar o renovar el contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión siempre y cuando se cumpla con las dos circunstancias planteadas por la Corte Constitucional:

1. Que persista en la entidad estatal la necesidad institucional de contar con esos servicios.
2. Que la contratista gestante haya cumplido cabalmente sus obligaciones, es decir, que no haya incurrido en incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Respecto al tema que nos ocupa, se concluyó por este Grupo en Concepto No. [60588](#) de 2017, lo siguiente:

-La estabilidad laboral reforzada, conforme con la jurisprudencia constitucional, se predica de todos los contratos sin importar su naturaleza, así mismo dicha estabilidad reforzada incluye o se extiende los contratos de prestación de servicios. Lo anterior independiente de que el empleador

o contratante pertenezca al sector público o privado.

Ahora bien, no por esta protección a una contratista gestante se afecta el tipo de vinculación, es decir, ello no significa que bajo esas circunstancias se produzca una mutación que transforme su calidad de contratista independiente en una servidora pública, siendo este problema jurídico objeto de otros supuestos de hecho y de derecho.

-Se habla de fuero de maternidad al periodo comprendido entre el embarazo y tres meses siguientes al parto, lapso durante el cual ninguna mujer trabajadora o servidora pública podrá ser despedida, pues en principio se entiende es por causa o con ocasión del embarazo, esta última una presunción legal que admite prueba en contrario.

-Los supervisores de los contratos, junto con las partes contratante y contratista, deben determinar las situaciones concretas que originarían la suspensión de la ejecución del contrato (caso fortuito y/o fuerza mayor), si este puede o no ejecutarse cuando las contratistas estén disfrutando de la licencia de maternidad. Lo anterior, en concordancia con el hecho de que el caso fortuito y/o fuerza mayor son causales de suspensión del contrato.

-En un contrato de prestación de servicios, son las partes quienes, ante hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, que impidan el cumplimiento de las obligaciones contractuales, deciden suspender temporalmente el vínculo contractual. Una eventual terminación del vínculo contractual debe analizarse frente a la vulneración de derechos constitucionales planteados.

-En el evento de suspensión de un contrato de prestación de servicios, su reanudación no va en contra de lo dispuesto en la Ley de Garantías, la Ley [996](#) de 2005, “por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo [152](#) literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”, pues no se trata de la celebración de un nuevo contrato.

-Los contratos de prestación de servicios pueden ser objeto de adición o prórroga, en los términos y con el cumplimiento de los requisitos legalmente señalados, siempre y cuando no se constituyan en la celebración de un nuevo contrato y cuenten con el debido respaldo presupuestal.

-Presupuestalmente el principio de anualidad debe aplicarse, no obstante este tiene sus excepciones. Es así como deberá realizarse una ponderación frente a los derechos fundamentales de rango constitucional de la contratista embarazada y los instrumentos presupuestales legalmente establecidos, de tal forma que se promueva la protección de las disposiciones constitucionales.

Con posterioridad, también la Corte Constitucional en instancia de unificación, a través de la sentencia [SU-049](#) de 2017, analizó el tema relacionado con la estabilidad ocupacional reforzada y advirtió:

[...] DERECHO A LA ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA-No se circunscribe a quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia

una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

[...] DERECHO A LA ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA-Alcance. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada tiene arraigo constitucional directo y aplica a quienes estén en condiciones de debilidad manifiesta, incluso si no cuentan con una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.

[...]DERECHO A LA ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, Y LA APLICACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE LA LEY 361 DE 1991-Interpretación constitucional. Todas las Salas de Revisión han afirmado que se tiene derecho al pago de la indemnización de 180 días de salario, contemplada en el artículo [26](#) de la Ley 361 de 1997, o la han ordenado directamente, cuando la relación es de trabajo dependiente y se vulnera el derecho a la estabilidad laboral reforzada. Esta protección no aplica únicamente a las relaciones laborales de carácter dependiente, sino que se extiende a los contratos de prestación de servicios independientes.

[...]JUNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DERECHO A LA ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD FÍSICA, SENSORIAL Y PSÍQUICA. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo [26](#) de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.

[...] DERECHO A LA ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA-Orden a compañía renovar el contrato de prestación de servicios con el accionante, cancelar las remuneraciones que se dejaron de pagar y la indemnización equivalente a 180 días de honorarios. Pese a que el actor era titular del derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, se le dio por terminado el vínculo contractual sin autorización de la oficina del Trabajo y sin justa causa probada. (Subraya fuera de texto)

Ahora bien, la sentencia de unificación no se refirió específicamente a los contratistas del Estado, en lo que al criterio de unificación frente a los contratos de prestación de servicios se refiere; no obstante, la misma Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-[151](#) del 8 de marzo de 2017, respondió a este interrogante de la siguiente manera:

[...] Dado el carácter especialísimo del contrato de prestación de servicios con el Estado, esta Sala de Revisión considera que tal supuesto de hecho no quedó comprendido dentro de la regla de decisión señalada por la Sala Plena en la sentencia SU-[049](#) de 2017.

[...] Sin embargo, la garantía de la estabilidad ocupacional reforzada se aplica a los contratistas del Estado en situación de debilidad manifiesta por su condición de salud, cuyos contratos no han sido renovados, cuando existe un nexo causal entre la condición que consolida la debilidad

manifiesta y la terminación del vínculo contractual. Al respecto, la pluricitada sentencia T-040 de 2016 señaló que corresponde al empleador demostrar la inexistencia de tal nexo causal, por medio de una causal objetiva que fundamente la no renovación del contrato de prestación de servicios. En consecuencia, advierte la Sala pese a que el caso del XX al momento de su desvinculación padecía de una enfermedad, operó una justa causa para la terminación de su vínculo contractual y conforme con ello, no se activa la garantía de estabilidad ocupacional reforzada” (Subraya fuera de texto)

En este orden de ideas, considerando la aplicación de los parámetros de unificación fijados por la Corte Constitucional en este segundo fallo de iniciación, tenemos los siguientes criterios unificados respecto al tema que nos ocupa:

(i) La estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de derechos fundamentales de la cual son titulares no solo las personas que cuentan con una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, sino quienes evidencian una situación de salud que les impide o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares pues esta circunstancia genera debilidad manifiesta.

En conclusión la Carta Fundamental, según la Corte Constitucional, consagra el derecho a una estabilidad ocupacional reforzada para las personas en condiciones de debilidad manifiesta por sus problemas de salud, encontrándose en debilidad manifiesta no solo quienes han tenido una pérdida ya calificada de capacidad laboral en un grado moderado, severo o profundo, sino también quienes experimentan afectación de salud que les “impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, lo anterior con fundamento en el “respeto a la dignidad humana”^[2].

(ii) La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. Lo anterior por cuanto el principio de estabilidad se aplica al trabajo en general “en todas sus formas” y no depende de la denominación del vínculo por el cual una persona ejerce una alternativa productiva.

Señala la Corte Constitucional, que esta estabilidad reforzada se aplica también a quienes están insertos en relaciones ocupacionales divergentes, originadas, por ejemplo, en un contrato de prestación de servicios o en un contrato de aprendizaje^[3]. Este derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, por ser una denominación más amplia y comprehensiva es la que debe acogerse en respeto a los preceptos constitucionales.

(iii) La violación o vulneración a la estabilidad ocupacional reforzada en el contexto de una relación laboral o contractual de prestación de servicios debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo [26](#) de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme con la Constitución. Así al advertir que la normatividad se refiere a personas en situaciones específicas de discapacidad, se cobija los efectos jurídicos del despido o terminación del contrato de una persona en razón de su limitación, sin distinción alguna de tipo de vinculación^[4].

Advierte la norma encita que “ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad”, norma que no califica la clase de contrato o de relación laboral subordinada.

3. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En lo que se refiere al estado de embarazo de la contratista, debemos recordar que el contrato es ley para las partes, en cuanto obedece al acuerdo de voluntades, y son las partes quienes estipulan las causales de suspensión del mismo. Entonces es el supervisor del contrato quien deberá determinar si las obligaciones de la contratista se pueden desarrollar sin la presencia de esta o tendrá lugar a la suspensión temporal del contrato, derivada de la licencia de maternidad o de una incapacidad por dicho estado.

En conclusión son las partes quienes podrán suspender el contrato de prestación de servicios cuando haya eventos que constituyan fuerza mayor, caso fortuito o de interés público, que impidan temporalmente cumplir con el objeto de las obligaciones a cargo de las partes contratantes.

Así, en ejercicio de la autonomía de las partes contratantes, las mismas podrán pactar la suspensión del contrato de prestación de servicios profesionales, estableciendo las causales por las cuales será procedente.

Sobre la suspensión de los contratos, el Consejo de Estado Sala, de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 11 de abril de 2012, rad. No. 52001-23-31-000-1996-07799-01(17434) ha señalado:

[...] La Sala considera que la suspensión del contrato no es una prerrogativa, potestad o facultad excepcional que pueda ejercer la Administración, unilateralmente, salvo en los casos expresamente autorizados por el ordenamiento jurídico; en efecto, la actividad del Estado, incluida la contractual, se rige por el principio de legalidad⁴, tal como lo ordena la Constitución Política en sus artículos 4, 6, 121 y 122, lo cual impone que toda actuación de los órganos del Estado se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos.

La suspensión del contrato, más estrictamente de la ejecución del contrato, procede, por regla general, de consuno entre las partes, cuando situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público impidan, temporalmente, cumplir el objeto de las obligaciones a cargo de las partes contratantes, de modo que el principal efecto que se desprende de la suspensión es que las obligaciones convenidas no pueden hacerse exigibles mientras perdure la medida y, por lo mismo, el término o plazo pactado del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido. Por esa misma razón, la suspensión debe estar sujeta a un modo específico, plazo o condición, pactado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, acorde con la situación que se presente en cada caso, pero no puede permanecer indefinida en el tiempo”. (Subraya fuera de texto)

Colombia Compra Eficiente dispuso que la suspensión del contrato procede, de manera general, por acuerdo entre las partes, cuando situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público impidan temporalmente cumplir el objeto de las obligaciones a cargo de los contratantes. El Consejo de Estado, también señaló respecto a esta figura de la suspensión contractual[5]:

[...] SUSPENSIÓN DEL CONTRATO - Debe estar sometida a un plazo o condición. De igual forma se constató que el contrato de obra No. 303 de 1994 fue suspendido de manera indefinida y de común acuerdo por las partes, previa solicitud del contratista, ya que, según se especificó en el respectivo documento, el Fondo de Vivienda de Arauca no había suministrado la teja de la cubierta, los elementos sanitarios, las puertas y ventanas, elementos todos necesarios para la

ejecución de la obra. 4.2. El 11 de septiembre de 1995, el contratista Mauricio Delgado previo aval de la entidad contratante cedió el contrato a Jorge Enrique Romero quien asumió, de nuevo, la condición de contratista y, por consiguiente, el estado del contrato en el estado en que se encontraba. En esa medida, para el citado 11 de septiembre de 1995, el cesionario Jorge Enrique Romero asumió el contrato estatal, pacto que si bien es irregular porque no se sometió la suspensión a plazo o condición, lo cierto es que ese acuerdo vincula a las partes en los términos del artículo [1602](#) del Código Civil. En ese contexto, al haberse dejado la constancia expresa de que si bien la suspensión se suscribía de común acuerdo y con fundamento en la autonomía de la voluntad, lo cierto es que, de igual forma, las partes contratantes dejaron constancia expresa de que la interrupción en la ejecución del contrato se debía a una circunstancia estrictamente atribuible a la entidad contratante, consistente en la falta de suministro de los materiales establecidos en el respectivo convenio de obra pública, y que estaban a cargo de la misma.

[...] SUSPENSION DEL CONTRATO ESTATAL - Noción / SUSPENSION DEL CONTRATO ESTATAL - No puede ser indefinida / SUSPENSION INDEFINIDA DEL CONTRATO - Improcedencia / SUSPENSION DEL CONTRATO - Fue imputable a la entidad contratante / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - Existencia. En efecto, la finalidad de la suspensión del contrato estatal, como medida excepcional, está encaminada a reconocer la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impiden la ejecución temporal del negocio jurídico, y es precisamente por ese motivo que la misma no puede ser indefinida, sino que debe estar sujeta al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición. Por lo tanto, la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia o plazo, sino que se delimita como una medida de tipo provisional y excepcional que debe ajustarse a los criterios de necesidad y proporcionalidad, sujeta a un término o condición, período este durante el que las obligaciones contenidas en el contrato no se ejecutan, pero sin que se impute ese tiempo al plazo pactado inicialmente por las partes. En consecuencia, como quiera que en el proceso se acreditó por la parte demandante que el contrato fue suspendido por cuenta de una circunstancia especial en la que se hallaba el municipio de Arauca, relacionada con la imposibilidad de entregar al contratista los materiales que estaban a su cargo – obligación que estaba contenida en el clausulado del negocio– es preciso reconocer el incumplimiento de la entidad territorial demandada y, consecuencialmente, ordenar el pago de las sumas correspondientes al valor del contrato que se dejaron de pagar por cuenta de la inexecución del mismo.

[...] SUSPENSION DEL CONTRATO - Si conlleva al incumplimiento de las obligaciones contractuales procede la indemnización de perjuicios a cargo de quien incumplió. En ese orden de ideas, la suspensión de común acuerdo constituye una convención que altera o impide de manera temporal la ejecución de las obligaciones que se derivan del contrato y, por lo tanto, al igual que este último es ley para las partes en los términos fijados por el artículo [1602](#) del Código Civil. En ese orden de ideas, si de la suspensión se desencadena un incumplimiento de las obligaciones pendientes a cargo de una de las partes, esta queda compelida a cubrir y cancelar los perjuicios que se derivan del mismo. 4.3. Así las cosas, la cesión del contrato estatal de obra No. 303 de 1994, fue eficaz porque al margen de que una de las características del contrato estatal es que sea intuitu personae, lo cierto es que el artículo [41](#) de la ley 80 de 1993 avaló la posibilidad de que el contratista ceda el mismo, pero siempre bajo la condición de que medie el consentimiento expreso de la entidad contratante cedida; además, se celebró con las formalidades legales, esto es, por escrito. En el caso concreto las dos cesiones de contrato se produjeron, tal y como se desprende del acervo probatorio y de la aceptación de la entidad demandada, con autorización de esta última, razón por la que ese negocio jurídico tuvo validez y eficacia respecto

a los intervinientes y, de allí que, a partir de la segunda cesión Jorge Enrique Romero asumió la posición contractual de contratista, razón por la que ingresó de nuevo a la relación negocial, pero encontrando que el contrato estaba suspendido por mutuo acuerdo de las partes, pero por una circunstancia fáctica imputable o atribuible a la entidad contratante. En el asunto sub examine, es evidente que se suspendió de manera irregular el contrato estatal, toda vez que no se fijó el plazo o la condición a la que estaría sometida la misma; no obstante lo anterior, ello no constituye óbice para que el contratista pudiera reclamar judicialmente el incumplimiento, así como el pago de las sumas que se dejaron de cancelar por cuenta del negocio jurídico, las cuales, en el caso concreto, corresponden al saldo que quedó pendiente respecto del valor total del mismo. Entonces, al margen de que la respectiva acta haya sido suscrita de común acuerdo entre las partes contratantes, lo cierto es que el hecho de haberse dejado la constancia expresa de que el contratista accedía a suspender el contrato por la falta de entrega por parte del municipio de alguno de los materiales y elementos necesarios para ejecutar la obra, constituye la prueba fehaciente de que el negocio jurídico de obra se incumplió por parte de la entidad contratante lo que permite colegir, de paso, por encontrarse debidamente probados, los perjuicios materiales desencadenados de ese incumplimiento.

Es así como las partes de acuerdo con lo estipulado en el Concepto No. 180784 de septiembre 10 de 2013 del Ministerio de Trabajo tienen las siguientes opciones:

1. Las partes pueden acordar no suspender el contrato, siempre y cuando la contratista acredite el cumplimiento de las actividades del mismo, por lo cual tendrá el contratante que pagarle los honorarios, ya que el objeto del contrato se está ejecutando a satisfacción.
2. Si las partes deciden suspender el contrato y la contratista llegare a disfrutar la licencia de maternidad, será la EPS quien asumirá el pago de la licencia, el contrato se reanudara una vez finalice la licencia de maternidad.

Finalmente, como se señaló en concepto que precedió al presente, Concepto No. 153232 de julio 17 de 2014, no existe impedimento legal alguno para incorporar una cláusula de suspensión del contrato por razón de incapacidad o licencia de maternidad, pues esto correspondería a la voluntariedad de ambas partes contratantes. Sin embargo, la conveniencia de la misma, que no es un tema jurídico, debe analizarse de acuerdo con la naturaleza del objeto contratado, de la forma de su ejecución y de las especiales condiciones del contrato y el contratista en cada caso, pues no todas las situaciones son similares.

c) CONCLUSIONES

- La jurisprudencia constitucional en concordancia con los mandatos de la Carta Fundamental, de manera unificada ha señalado que la protección de estabilidad laboral reforzada a favor de las mujeres trabajadoras en estado de gravidez se extiende también a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo. Lo anterior responde igualmente a la garantía establecida en el artículo [53](#) de la Constitución, de acuerdo con la cual, debe darse prioridad a la aplicación del principio de estabilidad laboral y de primacía de la realidad sobre las formas así como a la protección de la mujer y de la maternidad.

-En consecuencia, es viable la protección reforzada derivada de la maternidad en la modalidad de servicios, cuando se demuestre:

- 1) La existencia de una relación laboral o de prestación de servicio y

2) Que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación de servicios.

En tales situaciones se determinará según la modalidad de contrato y si el empleador o contratante conocía o no el estado de embarazo de la empleada o contratista al momento de la desvinculación, la operancia del mecanismo de protección a la mujer gestante.

-Es pertinente advertir, que el hecho de que opere la protección reforzada en beneficio de una contratista por prestación de servicios del sector público o privado, no significa que se genere una relación laboral, siendo este un problema jurídico independiente de esta protección constitucional, el cual de darse los supuesto de hecho y de derecho, será objeto de pronunciamiento por el juez natural de conocimiento de estos conflictos en instancia judicial[6].

-Presupuestalmente el principio de anualidad debe aplicarse, no obstante este tiene sus excepciones. Es así como deberá realizarse una ponderación frente a los derechos fundamentales de rango constitucional de la contratista embarazada y los instrumentos presupuestales legalmente establecidos, de tal forma que se promueva la protección de las disposiciones constitucionales.

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. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordialmente,

CARLOS EMILIO BURBANO BARRERA

Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
Dirección Jurídica - Dirección General



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)

