

CONCEPTO 69820 DE 2018

(noviembre 29)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

ASUNTO: Corte Constitucional Sentencia SU [070](#) de 2013

Contrato de prestación de servicios de embarazada.

En atención a su comunicación, remitida inicialmente por correo electrónico de fecha 20 de noviembre de 2018, sin radicado, en la cual solicita concepto jurídico sobre el estado de embarazo de una contratista; 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 tenida 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:

- Una contratista manifestó a la entidad que el contrato de prestación de servicios de instructora debería ir hasta el 30 de diciembre 2018, según la sentencia SU [070](#) de 2013. Dicha contratista, como en otros casos, informa que su contrato termina el 7 de diciembre de 2018. Con ocasión de su licencia de maternidad suspendió el contrato 45 días.

- Mediante la Resolución No. [1959](#) de 2017, se estableció el calendario académico y de laborar de los Centros de formación Profesional del SENA para el año 2018, señalando la fecha de su terminación el 19 de diciembre de 2018, fecha en la que se terminan la mayoría de los contratos de instructores del Centro de acuerdo con los programas de formación.

- Se informa por el petente, que en el clausulado de los instructores del Centro se incluyó una cláusula según la cual: “[...] CLAUSULA SEGUNDA. Plazo. El plazo de ejecución del presente contrato será de Nueve (9) meses, sin exceder el 19 de diciembre de 2018 y empezará a contarse a partir del cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución indicados en este contrato”.

- Contratistas con incapacidad por licencia de maternidad, no suspenden o suspender parcialmente el contrato de prestación de servicios, según acuerdo de voluntades.

- En consecuencia, se consulta si para estos casos la adición del contrato se debe proyectar hasta el 19 de diciembre fecha de terminación del calendario académico? o hasta el 30 de Diciembre cierre del año 2018?. Se aplica igual trato tanto para la madres gestantes y lactantes?.

- 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 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^[1], 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. PRESUPUESTO Y RESERVA PRESUPUESTAL

Como ha sostenido este Grupo, por disposición expresa del Estatuto Orgánico de Presupuesto Nacional y de los principios presupuestales que rigen la función pública en Colombia, todo acto o contrato, o adición de éste, que genere afectación al presupuesto deberá contar con el respectivo registro presupuestal que garantice la disponibilidad y afectación de los recursos, de manera que los mismos no sean dirigidos a otros compromisos. Nos permitimos citar el Artículo [71](#) del mencionado estatuto:

ARTÍCULO [71](#). Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el presupuesto general de la Nación, que impliquen incremento en los costos actuales, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la dirección general del presupuesto nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones.

Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones

En concordancia con esta disposición, el Estatuto General de la Contratación de la Administración pública, Ley 80 de 1993, en su artículo [41](#) señaló que será un requisito de la ejecución de contratos contar con la respectiva aprobación del Registro Presupuestal:

ARTICULO [41](#). DEL PERFECCIONAMIENTO DE CONTRATOS.

[...]Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes

Así las cosas, una vez la entidad conoce el valor de las prestaciones a contratar y realiza los trámites presupuestales, con la expedición del Registro Presupuestal se entiende que los recursos vinculados al mismo no pueden ser destinados a compromisos diferentes.

En cuanto a las reservas presupuestales, como una de las figuras excepcionales al principio de anualidad del gasto, se indica que éstas son procedentes cuando el compromiso se adquirió en una vigencia pero los compromisos contraídos no se cumplieron en la misma, sino que se cumplirán en la siguiente vigencia.

Esta figura jurídica tiene su sustento en el artículo [89](#) de Estatuto Orgánico de Presupuesto, el cual indica:

ARTÍCULO [89](#). Las apropiaciones incluidas en el presupuesto general de la Nación, son autorizaciones máximas de gasto que el Congreso aprueba para ser ejecutadas o comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva. Después del 31 de diciembre de cada año estas autorizaciones expiran y, en consecuencia, no podrán comprometerse, adicionarse, transferirse, ni contracreditarse. Al cierre de la vigencia fiscal cada órgano constituirá las reservas presupuestales con los compromisos que al 31 de diciembre no se hayan cumplido, siempre y cuando estén legalmente contraídos y desarrollen el objeto de la apropiación. Las reservas presupuestales sólo podrán utilizarse para cancelar los compromisos que les dieron origen. Igualmente, cada órgano constituirá al 31 de diciembre del año cuentas por pagar con las obligaciones correspondientes a los anticipos pactados en los contratos y a la entrega de bienes y servicios. El Gobierno Nacional establecerá los requisitos y plazos que se deben observar para el cumplimiento del presente artículo.

Por su parte, la Corte Constitucional^[2] se ha referido en los siguiente términos respecto de la figura de reserva presupuestal:

[...] C – Reservas de apropiación y reservas de caja. Las reservas de apropiación corresponden a compromisos y obligaciones contraídos antes del 31 de diciembre con cargo a apropiaciones de la vigencia, por los organismos y entidades que forman parte del Presupuesto General de la Nación, y cuyo pago está pendiente a esa fecha. Las reservas de caja corresponden exclusivamente a las obligaciones de los distintos organismos y entidades que forman parte del Presupuesto General de la Nación, exigibles a 31 de diciembre, y suponen dos requisitos: que la causa del gasto se haya realizado, es decir, que el servicio se haya prestado, que el bien o la obra se haya recibido, etc.; y que la obligación respectiva esté incluida en el Acuerdo Mensual de Gastos. La reserva de caja corresponde a una cuenta por pagar. Las semejanzas entre la reserva de apropiación y la reserva de caja son estas: a) Ambas corresponden a gastos que deben ejecutarse con cargo a un presupuesto cuya vigencia expiró el 31 de diciembre anterior; b) Las dos tienen vigencia de un (1) año, que se cuenta a partir de la fecha indicada en el literal a). Las diferencias son estas: a) Las reservas de apropiación corresponden a un compromiso, por ejemplo un contrato celebrado pero no ejecutado, o a una obligación, en tanto que las reservas de caja obedecen siempre a una obligación; (...).

En conclusión, la figura de la reserva es una excepción al principio de anualidad presupuestal.

3. SUSPENSIÓN DE CONTRATOS

De acuerdo con lo manifestado por este Grupo en concepto anterior, la suspensión de la ejecución del contrato estatal obedece a un acuerdo de voluntad de las partes, que encuentra fundamento en el artículo [40](#) de la Ley 80 de 1993, bajo el cual, las partes podrán pactar modalidades, condiciones, cláusulas o estipulaciones, que consideren necesarias y convenientes, siempre y cuando no contraríen el ordenamiento jurídico. Al siguiente tenor:

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 [...]

Sobre el particular, el Consejo de Estado^[3] ha indicado:

[...] 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 legalidad, 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 [...]

No obstante, se configura como un acuerdo de voluntades de las partes, debe atender un criterio de necesidad, pues los contratos se celebran con el ánimo de ser cumplidos. Así, el Consejo de Estado, ha explicado que:

[...] 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 [...]^[4]

Es de anotar, que el Alto Tribunal, resalta la temporalidad de la medida, esto es, que en virtud del acuerdo de voluntades, mal harían las partes en pactar la suspensión indefinida del contrato, más aún cuando se ha indicado que ésta debe corresponder a una necesidad justificada y no a un querer arbitrario de los contratistas. En efecto, el Consejo de Estado se pronunció, así:

[...] 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^[5].

Además, 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^[6].

Corolario de lo anterior, la suspensión de la ejecución del contrato no sólo obedece a un acuerdo de voluntades, sino además a una necesidad imperiosa que no permite el cumplimiento adecuado de las obligaciones. Además, por ser una medida provisional debe pactarse conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, dependiendo de las circunstancias que lo originaron y en ningún caso debe constituirse en un daño antijurídico para alguna de las partes.

Una de las causales de suspensión bilateral del contrato estatal, que ha sido reconocida como válida dentro del ordenamiento jurídico, es la suspensión del contrato de prestación de servicios prestado por una mujer embarazada que entra en periodo de Licencia de maternidad, al respecto nos permitimos citar concepto del Ministerio de Trabajo, quién ha señalado:

[...] 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^[7].

En este orden de ideas, se ha evidenciado que es posible suspender el contrato de prestación de servicios cuando se presente el caso de que la mujer decide disfrutar de la licencia de maternidad

y se encuentra cubierta por la EPS, quién asumirá el pago de la misma.

Ahora bien, en caso de que se decida suspender el contrato, no podrá cancelarse los honorarios por dicho periodo en la medida que el servicio no será prestado por la contratista. Sin embargo, lo anterior no implica per se, la necesidad de celebrar una reducción de valor, pues puede presentarse el caso de que el tiempo sea ejecutado a través de una prórroga del contrato, o que, sencillamente al momento de la liquidación se libere dicho valor. Advirtiéndose de manera preliminar que lo que es claro es que no podrá pagarse honorarios en la medida que el contrato se encuentre suspendido.

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 reanudará 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.

4. LA ADICIÓN EN CONTRATOS

A los contratos estatales le es aplicable el principio de mutabilidad, de acuerdo con el cual se permite que se realicen modificaciones a los contratos y convenios, siempre y cuando con ellos se busque conseguir la finalidad del mismo, es decir la satisfacción del interés público^[8].

Aquellas figuras que son constitutivas de modificación del contrato son la prórroga del contrato (plazo), la modificación propiamente dicha (alcance del contenido obligacional que no afecte el objeto) y la adición del contrato (valor). Particularmente, en lo relacionado con la adición de contratos, esta es una modificación que implica aumento en los recursos del negocio jurídico. Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado en el siguiente sentido:

[...] La adición del contrato puede entenderse como una modificación del mismo [...] Por tanto, la adición del contrato debe entenderse como un agregado a las cláusulas del mismo. Es un instrumento apropiado para resolver las situaciones que se presentan cuando en desarrollo de un contrato se establece la necesidad de incluir elementos no previstos expresamente en el pliego de la licitación y por ende excluidos del contrato celebrado, pero que están ligados a éste y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer. En estos casos, puede acudir a una adición del contrato inicial con las limitaciones previstas en la ley^[9].

Para evitar el uso de la figura de la adición para que se oculten nuevos contratos o se subsanen graves errores de planeación, el legislador estableció unos limitantes dentro de la Ley [80](#) de 1993

relativos al tope máximo para realizar la adición, no obstante estos límites solo son aplicables para los convenios y contratos sometidos a la Ley [80](#) de 1993.

En consecuencia es posible establecer que la adición funge como un instrumento para garantizar la continuidad de la ejecución cuando sea necesario incluir elementos no previstos dentro del pacto inicial. Debe resaltarse que estos elementos no previstos no pueden alterar el objeto del contrato, por cuanto, vale diferenciar la adición del contrato con la figura de contrato adicional, en la que en el primero se agrega algo nuevo sin que exista una variación del objeto contractual y en el segundo se varía el objeto contractual o se pactan obligaciones sin relación alguna con el mismo.

No es lo mismo el contrato adicional y la adición de contratos, por cuanto el primero, será un nuevo contrato, mientras el segundo es la modificación de un contrato en ejecución cuando se requiere agregarle elementos no previstos pero que son conexos con el objeto contratado y su realización indispensable para cumplir las finalidades que tuvo la entidad estatal al contratar^[10].

[...] En efecto, no debe confundirse los conceptos de contrato adicional y adición de contratos, por cuanto el primero, será un nuevo contrato, mientras el segundo es la modificación de un contrato en ejecución cuando se requiere agregarle elementos no previstos pero que son conexos con el objeto contratado y su realización indispensable para cumplir las finalidades que tuvo la entidad estatal al contratar^[11].

La adición como cualquier otra modificación contractual, en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo [39](#) de la Ley 80 de 1993, es un acto revestido de solemnidad, por lo cual debe costar siempre por escrito, y en este sentido la jurisprudencia del Consejo de Estado, en fallo proferido por la Dra. Ruth Stella Correa Palacio, señaló que cualquier modificación, adición o autorización de mayores cantidades deberá constar por escrito.

[...] Al respecto debe preverse que aunque si bien la administración se encuentra facultada para modificar el contrato, como se vio, esta facultad no es ilimitada. Por el contrario, se encuentra legalmente dispuesta para eventos específicos, tales como aquellas situaciones en las que se trate de evitar la paralización de la ejecución del contrato o cuando la prestación del servicio público contratado se vea gravemente afectado circunstancias que no se presentan en el caso de autos.

Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado^[12].

Si bien la adición permite una modificación, ello no obsta para desconocer el principio de planeación de la contratación, toda vez que aunque el legislador abrió una puerta con fines de garantizar la efectiva ejecución del contrato, es obligación de la administración realizar una debida planeación.

5. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LA 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 cobija 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 caos 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 puedo 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/PROTECCION 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)

Es así como, 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.

-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 y negrilla 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 dificulta 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”^[13].

(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^[14]. 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^[15].

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.

Ahora bien una vez que culmina el término de la licencia, la trabajadora deberá reintegrarse a su jornada laboral acostumbrada. Sin embargo, durante los primeros seis (6) meses de edad del niño, la madre dispondrá de dos descansos diarios de 30 minutos cada uno para amamantar a su hijo. Es así como las servidoras públicas durante dicho periodo tienen derecho a su tiempo de lactancia, ya reingresada al servicio y vencida la licencia de maternidad, siendo este su derecho. En el caso de las contratistas que suspendieron su contrato o que no lo suspendieron, debe considerarse que no cumplen un horario de labor y que no ejecutaron su objeto contractual en el periodo de suspensión.

El SENA expidió la Circular 022 de 2018, en la cual se analiza el tema y se fijan directrices respecto de la protección frente a contratistas embarazadas en los términos de la Corte Constitucional.

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^[16].

- Presupuestalmente el principio de anualidad debe aplicarse (al 31 de diciembre de cada año), 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 involucrados y los instrumentos presupuestales legalmente establecidos, de tal forma que se promueva la protección de las disposiciones constitucionales, al margen de que puede existir una orden judicial en casos particulares.

- Es viable que se suspenda el contrato de prestación de servicios por el término de la licencia de maternidad en los términos expuestos. Es preciso reiterar que como no es un asunto regulado por el ordenamiento jurídico, así son las partes contratantes quienes, de común acuerdo, deben determinar si suspenden o no el contrato de prestación de servicios.

- Lo anterior dependiendo del término y del momento de la suspensión, podrá permitir que se reinicie el contrato suspendido la siguiente vigencia, en uso de la herramienta de excepción al principio de anualidad presupuestal, lo que es excepcional ante la situación de protección por el estado de gestación de la contratista e incluso en muchos casos deriva de una orden judicial de protección.

- La terminación del contrato, que se pretende de común acuerdo, solo procederá si hay voluntad de ambas partes, y en su defecto cuando se den las causales legales para tal efecto, como es el caso de terminación del término o incumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales.

- 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^[17].

- Sobra advertir que el contratante deberá tener conocimiento de la situación fáctica, con el fin de que analice el caso puntual. Precisó la Corte Constitucional es que el conocimiento del embarazo de la trabajadora no es requisito para establecer si existe o no protección, sino para determinar su grado. Ahora bien, el conocimiento del empleador o contratante del embarazo de la trabajadora o contratista no exige mayores formalidades.

- La lactancia, corresponde al tiempo para tales efectos del que disfruta la madre una vez se reintegra a desempeñar o realizar sus actividades, posterior al vencimiento de la licencia de maternidad y que inició con el nacimiento de su(s) hijo(s). En el caso de una contratista, debe tenerse en cuenta que no debe cumplirse horario por la naturaleza de su vinculación y que durante la suspensión del contrato no se ejecutó el objeto contractual, para cumplir con su tiempo de lactancia.

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

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. ARTICULO [2](#). Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 3074 de 1968. El nuevo texto es el siguiente: Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural. Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

(...)Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

2. Sentencia C- 502 de 1993 M.P Jorge Arango Mejía

3. Consejo de Estado. Radicado 17434. M.P. Carlos Alberto Zambrano barrera. 11 de abril de 2012.

4. Ibídem

5. Consejo de Estado. Radicado 16431. M.P. Jorge Enrique Romero Ortiz. (28) de abril de 2010

6. Consejo de Estado. Radicado 17434. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. 11 de abril de 2012.

7. concepto 9975 de 5 de marzo de 2014 Ministerio de Trabajo

8. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha indicado que: Por regla general, los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado, a los cuales sirve el contrato. Así lo prevén por ejemplo los artículos [14](#) y [16](#) de la Ley 80, los cuales facultan a la entidades contratantes a modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para “(...) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”, entre otros. En el mismo sentido, en la sentencia C-949 de 2001, la Corte Constitucional señaló que las prórrogas de los contratos – como especie de modificación- pueden ser un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal (Sentencia C – 300 de 2012,)

9. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente César Hoyos Salazar. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998). Concepto Radicación número 1.121

10. Ibídem.

11. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente César Hoyos Salazar. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998). Concepto Radicación número 1.121

12. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado 18080 M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

13. Corte Constitucional. Sentencia T-040 de 2001.

14. Corte Constitucional. Sentencia SU 049 de 2017. Pág. 13

15. Corte Constitucional. Sentencia T-[881](#) de 2012. Resolvió el caso de una persona desvinculada en condiciones de debilidad manifiesta en el contexto de un “contrato de aprendizaje”, amparando el derecho a la Estabilidad Ocupacional Reforzada.

16. Corte Constitucional. SU. 070 de 2013. MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS. En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral. Si bien la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la configuración de un “contrato realidad”, pues “existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales [se] puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral”, en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela. En el caso de contratos de prestación de servicios celebrados por el Estado con personas naturales, debe advertirse que éste únicamente opera cuando “para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden”. Por esta razón, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que si en el contrato de prestación de servicios, privado o estatal, se llegare a demostrar la existencia de una relación laboral, “ello conllevaría a su desnaturalización y a la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo; a los artículos [1](#), [2](#) y [25](#) de la Carta; además a los principios de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, al de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y al de la estabilidad en el empleo.” Con todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las característica del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.(Subraya fuera de texto

17. SENA. Concepto No. 32898 de 2016



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)



logo