

CONCEPTO 73092 DE 2019

(octubre 16)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

DE: Antonio José Trujillo Illera, Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, 1-0014

ASUNTO: Concepto personas con protección constitucional reforzada - Circular 01-3-2019-0000156.

En atención a la comunicación electrónica de fecha 8 de octubre de 2019 radicada con el número 8-2019-071033 mediante la cual consulta sobre los casos de protección constitucional especial, teniendo en cuenta el numeral 2.3.1 de la Circular 01-3-2019-0000156 que establece los lineamientos para la “Contratación de Prestación de Servicios Personales – AÑO 2020”; al respecto, de manera comedida le informo:

Las preguntas formuladas en su consulta serán respondidas más adelante:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

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

PRECEDENTES NORMATIVOS

Para el análisis del presente concepto se tendrán en cuenta los siguientes fundamentos normativos y jurisprudenciales:

Ley [80](#) de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”

Ley [1150](#) de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley [80](#) de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

Ley 1822 de 2017 "Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos [236](#) y [239](#) del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones"

Ley [361](#) de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”

Ley [1448](#) de 2011 “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”

Ley [387](#) de 1997 “Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado;

la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”

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

Sentencia C-[005](#) de 2017, Sentencia T-907 de 2004, Sentencia C-[531](#) de 2000, Sentencia T-025 de 2012 - Corte Constitucional.

ANÁLISIS JURÍDICO

I. PROTECCIÓN REFORZADA DERIVADA DE LA MATERNIDAD

La Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-[070](#) de 2013, señaló que la protección reforzada a la maternidad, es una garantía supra legal aplicable en los sectores público y privado con independencia de la modalidad de contratación.

En relación con el contrato de prestación de servicios la Corte expresó en el precitado fallo:

"(...) 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)...”

En relación con el conocimiento del embarazo por parte del empleador o contratante la Corte Constitucional en las Sentencias de Unificación SU - [070](#) y SU - [071](#) de 2013 precisó que no es requisito para establecer si existe o no protección, sino para determinar el grado de la protección:

“(...) Así, el conocimiento del embarazo por parte del empleador da lugar a una protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y por ende en un factor de discriminación en razón del sexo. Por otra parte, la falta de conocimiento, dará lugar a una protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido.

Ahora bien, el conocimiento del empleador del embarazo de la trabajadora, no exige mayores formalidades. Este puede darse por medio de la notificación directa, método que resulta más fácil de probar, pero también, porque se configure un hecho notorio o por la noticia de un tercero, por ejemplo. En este orden de ideas, la notificación directa “es sólo una de las formas por las cuales el empleador puede llegar al conocimiento de la situación del embarazo de sus trabajadoras, pero no la única”.

Siguiendo lo anterior, la Corte ha entendido que algunas de las circunstancias en las cuales se entiende que el empleador tenía conocimiento del estado de embarazo de una trabajadora, aun cuando no se le hubiese notificado directamente, son:

- Cuando se trata de un hecho notorio: La configuración del embarazo, como un hecho notorio, ha sido entendida por la Corte Constitucional, por ejemplo, en los siguientes casos:

- Cuando el embarazo se encuentra en un estado que permite que sea inferido: La jurisprudencia constitucional ha entendido que cuando una mujer se encuentra en su quinto mes de embarazo, sus cambios físicos le permiten al empleador inferir su estado. (...) Se trata entonces de una presunción, en el sentido de que, por lo menos al 5o mes de la gestación, el empleador está en condiciones de conocer el embarazo. Presunción que se configura en favor de las trabajadoras.

- Cuando se solicitan permisos o incapacidades laborales con ocasión del embarazo: La Corte Constitucional ha entendido que, cuando la trabajadora, si bien no ha notificado expresamente su embarazo, ha solicitado permisos o incapacidades por tal razón, es lógico concluir que el empleador sabía de su estado.

- Cuando el embarazo es de conocimiento público por parte de los compañeros de trabajo: La Corte Constitucional ha entendido que, cuando el embarazo de la trabajadora es de conocimiento público por parte de sus compañeros, es posible asumir que el embarazo es un hecho notorio en sí mismo o que, por conducto de un tercero pudo enterarse el empleador.

- Finalmente, la Corte ha establecido que se puede concluir que el empleador tenía conocimiento del embarazo, cuando las circunstancias que rodearon el despido y las conductas asumidas por el empleador permiten deducirlo...”.

En la Sentencia SU [-071](#) de 2013, la Corte señaló:

“(...) Pues bien, en este caso nos encontramos ante la hipótesis de que el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora que se encontraba vinculada mediante un contrato por obra o labor y la desvinculación de la accionante se da una vez cumplida la obra, alegando esto como una justa causa (regla 3.2.3)

(...)

Bajo este entendido, es preciso concluir que la medida de renovación del contrato no procede en este caso, pues el empleador demostró ampliamente con la documentación aportada que el objeto del contrato feneció y que ésta fue la única causa para dar por terminado aquél, pues no conocía del estado de embarazo de su trabajadora”.

La Corte Constitucional en Sentencia SU [-075](#) de 2018 en tratándose de la estabilidad laboral reforzada para las trabajadoras en estado de gestación, dispuso lo siguiente:

“(...) La Sala Plena resalta que deben tenerse en cuenta las circunstancias propias del entorno laboral y la dificultad que implica para la mujer gestante la demostración del conocimiento del empleador. Por consiguiente, los jueces deben valorar las posibles evidencias de que el empleador tuvo noticia del estado de gravidez de la trabajadora en el marco del principio de libertad probatoria. De este modo, es indispensable señalar que no existe una tarifa legal para demostrar que el empleador conocía del estado de embarazo de la trabajadora y se deben evaluar, a partir de la sana crítica, todas las pruebas que se aporten al proceso, entre las cuales pueden enunciarse las testimoniales, documentales, indicios e inferencias, entre otros.

En conclusión, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas no depende del momento en el cual el empleador tuvo conocimiento del estado de gravidez, pues el fuero de maternidad se desprende de la especial protección constitucional que recae sobre las trabajadoras. Sin embargo, dicha notificación es relevante para establecer el alcance de las medidas que los jueces constitucionales pueden otorgar en estos casos”.

II. EXTENSION DE LA PROTECCIÓN AL CÓNYUGE O COMPAÑERO (A) DE LA MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO

La Ley 1822 de 2017 "Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos [236](#) y [239](#) del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones" dispuso:

“ARTÍCULO 2o. El artículo [239](#) del Código Sustantivo del Trabajo, quedará así:

“Artículo [239](#). Prohibición de despido.

1. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.
2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.
3. Las trabajadoras que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.
4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término”.

Al respecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-[005](#) de 2017 resolvió “Declarar la exequibilidad condicionada del numeral 1 del artículo [239](#) y del numeral 1 del artículo [240](#) del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la)”.

Al respecto la Corte sostuvo:

“(…) La exclusión, no justificada, de los padres trabajadores o de la pareja de la gestante o lactante de la protección laboral reforzada, discrimina no solamente a estos miembros del núcleo familiar, sino también a la madre gestante cuya estabilidad depende de su pareja vinculada laboralmente, e incluso del infante comoquiera que quedaría en riesgo, incluso la asistencia y atención en salud oportuna y continua del proceso de gestación y nacimiento.

En ese orden de ideas, la extensión de la protección de la estabilidad laboral reforzada al cónyuge, compañero permanente o a la pareja trabajadora de la mujer embarazada o lactante, carente de vínculo laboral, y que dependa económica y asistencialmente de su pareja, contribuye a neutralizar la discriminación a la que, de hecho, se ha visto enfrentada la mujer en el campo laboral, al circunscribir la protección en virtud de la maternidad y lactancia única y exclusivamente a ella. El fortalecimiento del principio de corresponsabilidad de los miembros de la pareja frente a las obligaciones familiares, mediante la extensión de la protección aquí prevista, desfocaliza de la mujer, como única destinataria del fuero de maternidad y de lactancia,

las prevenciones a la hora de contratar o vincular laboralmente a un empleado(a)”.

III. EXTENSIÓN DE LA LICENCIA DE PATERNIDAD AL ESPOSO, CÓNYUGE O COMPAÑERO PERMANENTE

La precitada Ley 1822 de 2017 establece en relación con la licencia en la época del parto:

“ARTÍCULO 1o. El artículo [236](#) del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

“Artículo [236](#). Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) La indicación del día probable del parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo [239](#) de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, la licencia se ampliará en dos semanas más.

6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16)

posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomarla semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.

b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo a lo previsto en el literal anterior.

PARÁGRAFO 1o. De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce en caso de que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este artículo, es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma.

PARÁGRAFO 2o. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera.

El único soporte válido para el otorgamiento de la licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad...”

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-140 de 2018 al resolver demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1o (parcial) de la Ley 1822 de 2017, “ Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos [236](#) y [239](#) del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones" declaró:

“PRIMERO.- Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-383 de 2012 y, en consecuencia, declarar EXEQUIBLE la expresión "El esposo o compañero permanente", contenida en el parágrafo 2o del artículo 1o de la Ley 1822 de 2017, en el entendido de que estas expresiones se refieren a los padres en condiciones de igualdad, independientemente de su vínculo legal o jurídico con la madre”.

SEGUNDO.- Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-383 de 2012 y, en consecuencia, declarar EXEQUIBLE la expresión "del cónyuge o de la compañera", contenida en el parágrafo 2o del artículo 1o de la Ley 1822 de 2017, en el entendido de que la licencia de paternidad opera por los hijos en condiciones de igualdad, independientemente de su filiación”.

IV. PROTECCIÓN REFORZADA OCUPACIONAL

La Ley [361](#) de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones” establece:

“Artículo [26](#). En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

La Corte Constitucional en Sentencia C-[531](#) de 2000, sobre la constitucionalidad del artículo [26](#) de la Ley 361 de 1997, resolvió:

“ (...) Declarar EXEQUIBLE el inciso 2o del artículo [26](#) de la Ley 361 de 1997 bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. [2o](#) y [13](#)), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. [47](#) y [54](#)), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.”

Posteriormente, en Sentencia de unificación SU- [049](#) de 2017, la Corte expresó:

“ (...)

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.

(...)

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...” (Negrilla y subraya fuera del texto)

V. VÍCTIMAS DE DESPLAZAMIENTO FORZADO

La Ley [1448](#) de 2011 “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones” dispone en relación con las personas víctimas del desplazamiento forzado:

“ARTÍCULO [60](#). **NORMATIVIDAD APLICABLE Y DEFINICIÓN.** La atención a las víctimas del desplazamiento forzado, se regirá por lo establecido en este capítulo y se complementará con la política pública de prevención y estabilización socioeconómica de la población desplazada establecida en la Ley [387](#) de 1997 y demás normas que lo reglamenten.

Las disposiciones existentes orientadas a lograr el goce efectivo de los derechos de la población en situación de desplazamiento, continuarán vigentes.

(...)

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo **CONDICIONALMENTE** exequible>^[1] Para los efectos de la presente ley, se entenderá que es víctima del desplazamiento forzado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional, abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de las violaciones a las que se refiere el artículo [3o](#) de la presente Ley.

(...)

“ARTÍCULO [67](#). **CESACIÓN DE LA CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD Y DEBILIDAD MANIFIESTA.** Cesará la condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta ocasionada por el hecho mismo del desplazamiento, cuando la persona víctima de desplazamiento forzado a través de sus propios medios o de los programas establecidos por el Gobierno Nacional, alcance el goce efectivo de sus derechos. Para ello accederá a los componentes de atención integral al que hace referencia la política pública de prevención, protección y atención integral para las víctimas del desplazamiento forzado de acuerdo al artículo [60](#) de la presente Ley.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional establecerá los criterios para determinar la cesación de la situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta a causa del hecho mismo del desplazamiento, de acuerdo con los indicadores de goce efectivo de derechos de la atención integral definidos jurisprudencialmente.

PARÁGRAFO 2o. Una vez cese la condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta ocasionada por el hecho mismo del desplazamiento, se modificará el Registro Único de Víctimas, para dejar constancia de la cesación a la que se ha hecho referencia en este artículo.

En todo caso, la persona cesada mantendrá su condición de víctima, y por ende, conservará los derechos adicionales que se desprenden de tal situación.

PARÁGRAFO 3o. Hasta tanto el Registro Único de Víctimas entre en operación, se mantendrá el funcionamiento del Registro Único de Población Desplazada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo [154](#) de la presente Ley”.

“ARTÍCULO [68](#). **EVALUACIÓN DE LA CESACIÓN DE LA CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD Y DEBILIDAD MANIFIESTA.** La Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas y los alcaldes municipales o distritales del lugar donde reside la persona en situación de desplazamiento, evaluarán cada dos años las condiciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta ocasionada por el hecho mismo del desplazamiento.

Esta evaluación se realizará a través de los mecanismos existentes para hacer seguimiento a los hogares, y aquellos para declarar cesada la condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta de acuerdo al artículo anterior.

Las entidades del orden nacional, regional o local deberán enfocar su oferta institucional para lograr la satisfacción de las necesidades asociadas al desplazamiento, de conformidad con los resultados de la evaluación de cesación”.

Por su parte, la Ley [387](#) de 1997 “Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica

de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia” establece en su artículo [1o](#):

“ARTICULO [1o](#). DEL DESPLAZADO. Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público. (...)”

“ARTICULO [18](#). DE LA CESACION DE LA CONDICION DE DESPLAZADO FORZADO. La condición de desplazado forzado por la violencia cesa cuando se logra la consolidación y estabilización socioeconómica, bien sea en su lugar de origen o en las zonas de reasentamiento...”

RESPUESTA JURÍDICA

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, procedemos a responder los interrogantes planteados en su comunicación:

1. ¿Cuáles casos de protección constitucional especial están amparados en la jurisprudencia vigente, que deban atenderse según lo establecido en la Circular de referencia?

RESPUESTA: Para la aplicación de las medidas propias de la estabilidad reforzada en relaciones contractuales como el contrato de prestación de servicios, se debe tener en cuenta lo siguiente^[2]:

- La protección reforzada derivada de la maternidad procede en caso de terminación del vínculo contractual, cuando se demuestre, sin alguna otra exigencia adicional: a) la existencia de una relación laboral o de prestación de servicios, y b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación de servicios. (Corte Constitucional Sentencia SU [071](#) de 2013).

- No es necesaria la notificación expresa del embarazo por parte de la Contratista, sino que la entidad contratante, en este caso, el SENA haya tenido conocimiento del estado de embarazo por cualquier medio.

Al respecto, a juicio de la Corte Constitucional, “el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas no depende del momento en el cual el empleador tuvo conocimiento del estado de gravidez, pues el fuero de maternidad se desprende de la especial protección constitucional que recae sobre las trabajadoras. Sin embargo, dicha notificación es relevante para establecer el alcance de las medidas que los jueces constitucionales pueden otorgar en estos casos”. (Corte Constitucional Sentencia SU - [075](#) de 2018).

- Cuando el embarazo se encuentra en un estado que permite que sea inferido, en el sentido de que, por lo menos al quinto mes de la gestación, el empleador está en condiciones de conocer el embarazo (Corte Constitucional Sentencia T-354 de 2007)

- Cuando la trabajadora, si bien no ha notificado expresamente su embarazo, ha solicitado permisos o incapacidades, lo cual permite inferir que el empleador sabía de su estado. (Corte

Constitucional Sentencia SU [070](#) de 2013)

- Cuando el embarazo es de conocimiento público por parte de los compañeros de trabajo. (Corte Constitucional Sentencia SU [070](#) de 2013)

- Conforme con el pronunciamiento de la Corte Constitucional en las Sentencias de unificación SU-[070](#) y [071](#) de 2013, la estabilidad laboral reforzada para una contratista en estado de embarazo opera en la medida en que, al momento de aproximarse la finalización del plazo pactado en el contrato, se constate que: i) persiste la necesidad institucional de contar con esos servicios y ii) que la contratista gestante ha cumplido cabalmente sus obligaciones.

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

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

- En caso de cambio de vigencia presupuestal en que persista la necesidad institucional de contar con los servicios que venía prestando la contratista embarazada o en licencia de maternidad, la entidad deberá preferirla en igualdad de condiciones frente a otros candidatos o candidatas que reúnan los mismos requisitos y perfiles exigidos para la prestación del servicio.

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

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

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

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

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

De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia de unificación SU - [049](#) de 2017 en armonía con el artículo [26](#) de la Ley 361 de 1997, respecto de la estabilidad ocupacional reforzada, encontramos:

(i) La estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que cuentan con una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La

Corte Constitucional considera que “la estabilidad ocupacional reforzada no se ha de limitar a quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, sino a todas las personas en condiciones de debilidad manifiesta, evaluadas conforme a los criterios antes indicados y desarrollados por la jurisprudencia constitucional.

(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. Para la Corte, “Esta protección, por lo demás, no aplica únicamente a las relaciones laborales de carácter dependiente, sino que se extiende a los contratos de prestación de servicios independientes propiamente dichos”.

(iii) La violación a la estabilidad ocupacional reforzada en el contexto de una relación 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.

Es por esto que en el caso de los contratos de prestación de servicios se debe contar con autorización de la Dirección Territorial del Ministerio de Trabajo, en la cual se certifique por parte del contratante la justificación debidamente probada y con los soportes correspondientes para solicitar ante el Inspector de Trabajo la finalización del vínculo contractual.

En caso de que el contratante no cuente con la autorización expedida por el Inspector de Trabajo, dicha terminación del vínculo laboral o contractual se entenderá ineficaz, pero además de la ineficacia de dicha terminación del vínculo contractual, el contratante debe renovar el contrato y pagar la indemnización de 180 días del valor de los honorarios pactados.

2. Si una persona señala tener condición de protección constitucional especial, al ser Víctima de Desplazamiento en el Conflicto Armado que se vive en país, condición reconocida mediante Resolución de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, ¿debe seguir siendo contratada en 2020 conforme a lo indicado en la Circular referida?

RESPUESTA: El reconocimiento de los “sujetos de especial protección” ha tomado relevancia frente a grupos de especial protección bien por “condiciones de debilidad manifiesta” o bien por la posición de indefensión. (Corte Constitucional, Sentencia T-907 de 2004).

Respecto al reconocimiento de la población desplazada como sujeto de especial protección por sus condiciones de vulnerabilidad, la Corte Constitucional en Sentencia T-025 de 2012 señaló que la población desplazada se encuentra en extrema vulnerabilidad no solo por el hecho del desplazamiento “sino también porque en la mayor parte de los casos se trata de personas especialmente protegidas por la Constitución –tales como mujeres cabeza de familia, menores de edad, minorías étnicas y personas de la tercera edad”.

De esta forma, las personas objeto de desplazamiento forzado se constituyen en una categoría de reconocimiento para su protección por parte de las autoridades. Para el efecto deben tenerse en cuenta las condiciones establecidas en las Leyes [1448](#) de 2011 y [387](#) de 1997 y demás normas con fuerza de ley y reglamentarias que se han expedido en materia de protección a las víctimas del desplazamiento forzado en el territorio nacional. Así mismo, a la luz de las disposiciones legales antes invocadas, y frente a su pregunta, debe verificarse si ha cesado la condición de persona víctima de desplazamiento forzado en cuanto a su consolidación y estabilización socioeconómica.

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.

Cordial saludo,

Antonio José Trujillo Illera

Coordinador

Grupo de Conceptos Jurídicos y

Producción Normativa

Dirección Jurídica - Dirección General

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Mediante Sentencia C- [280](#) de 2013 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del parágrafo 2o del artículo [2o](#) de la Ley 1448 de 2011” bajo el entendido de que la definición allí contenida no podrá ser razón para negar la atención y la protección prevista en la Ley [387](#) de 1987 a las víctimas desplazamiento forzado”

2. Ver CONCEPTO 8-2018-073942 de fecha 12 de diciembre de 2018 del Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa



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)

