

CONCEPTO 40 DE 2016

(julio 6)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Bogotá D.C.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Instructora Contratista en Embarazo

En atención a comunicación electrónica, mediante el cual solicita concepto jurídico manifestando: “De manera atenta me dirijo a usted para solicitar su orientación en el siguiente caso: En el Centro se presenta el caso de una instructora que está en embarazo y se encuentra bajo la modalidad de prestación de servicios personales –Contratista- y está próxima a su fecha de parto y ella tiene firmado contrato hasta el 10 de diciembre de 2016. De acuerdo a lo anterior ¿Cuál es el procedimiento que se debe realizar con estos casos según normatividad y como entidad SENA? ¿Cómo se debe proceder con el contrato? ¿Por cuánto tiempo se debe garantizar el contrato a la instructora después de terminada la licencia?

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.

PROBLEMA JURÍDICO

La consulta gira en torno al procedimiento que se debe adoptar frente al caso de una mujer embarazada, vinculada mediante contrato de prestación de servicios, debiéndose absolver los siguientes interrogantes:

1) ¿De acuerdo con la normatividad vigente y la naturaleza del SENA, cuál es el procedimiento que se debe realizar en el caso de una instructora contratista embarazada que está próxima al parto y cuyo contrato de prestación de servicios vence el 10 de diciembre de 2016?

2) ¿Cómo se debe proceder con el contrato?

3) ¿Por cuánto tiempo se debe garantizar el contrato a la instructora después de terminada la licencia?

ANÁLISIS JURÍDICO

Para resolver el tema objeto de la consulta se hace necesario precisar la naturaleza del contrato de prestación de servicios, la protección constitucional y legal de la mujer durante el embarazo, la tesis del fuero de maternidad y de estabilidad laboral reforzada.

1. Naturaleza del contrato de prestación de servicios

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

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

(...)

3o. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (Las expresiones subrayadas fueron declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada).

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

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

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

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

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

De acuerdo con esta otra norma tenemos que en los contratos estatales y en particular en el contrato de prestación de servicios, las partes en desarrollo de la autonomía de la voluntad podrán incluir las modalidades, condiciones, cláusulas o estipulaciones que consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y los principios y finalidades del estatuto de contratación estatal y a los de la buena administración. Esto quiere decir que las estipulaciones que se incluyan en los contratos de

prestación de servicios deben respetar los mandatos constitucionales y los principios legales vigentes.

Precisa esta norma que las estipulaciones de los contratos estatales serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en la Ley [80](#) de 1993 correspondan a su esencia y naturaleza.

El contrato de prestación de servicios se rige por las normas civiles, comerciales y las dispuestas en el estatuto de contratación estatal y su decreto reglamentario (Ley [80](#) de 1993, Ley [1150](#) de 2007 y Decreto [1083](#) de 2015), razón por la cual el numeral 3° del artículo [32](#) de la Ley 80 de 1993 precisa que el contrato de prestación de servicios “en ningún caso genera relación laboral ni prestaciones sociales” y debe celebrarse por el término estrictamente indispensable.

Es menester acotar que si bien es cierto el numeral 3° del artículo [32](#) de la Ley 80 de 1993 precisa que el contrato de prestación de servicios “en ningún caso genera relación laboral ni prestaciones sociales”, también lo es que la Corte Constitucional al examinar dicha disposición, mediante Sentencia C-154 de 1997, precisó de manera condicionada que ese mandato se ajusta al ordenamiento constitucional, salvo en el evento en que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-154 de 1997 puntualizó lo siguiente:

“3. Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.

El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo [210](#) de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la

modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo [122](#) de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

(...)

Al respecto esta Corporación considera pertinente señalar que los principios mínimos y garantías constitucionales consagradas en el artículo [53](#) constitucional son de carácter general y aplicables a todas las modalidades de la relación laboral; en consecuencia, en el caso sub-examine su aplicación escapa al contenido y finalidad del contrato de prestación de servicios dada la independencia y autonomía con que el contratista ejecuta su labor, unido a la prohibición de que el mismo equivalga o se asimile a un contrato de trabajo⁵ salvo, lo enunciado en esta providencia para aquellos casos en que se acredite la existencia de la relación laboral.

(...)

En consecuencia, los razonamientos hasta aquí expuestos sirven de sustento a la Sala Plena de la Corte Constitucional para concluir que las expresiones acusadas del numeral 3o. del artículo [32](#) de la Ley 80 de 1993, no vulneran los preceptos constitucionales, razón por la cual deberán ser declaradas exequibles, salvo que se acredite por parte del contratista la existencia de una relación laboral subordinada,.....”.

En este orden de ideas y de acuerdo con lo precisado por la Corte Constitucional podemos resumir que el contrato de prestación de servicios no es de naturaleza laboral, pues se rige por las normas civiles, comerciales y las dispuestas en el estatuto de contratación estatal y su decreto reglamentario (Ley [80](#) de 1993, Ley [1150](#) de 2007 y Decreto [1083](#) de 2015), razón por la cual el numeral 3° del artículo [32](#) de la Ley 80 de 1993 precisa que el contrato de prestación de servicios “en ningún caso genera relación laboral ni prestaciones sociales”, salvo que por conducto del juez competente se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

2. Protección de la mujer en estado de embarazo y maternidad.

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

“ARTICULO [43](#). La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. // El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”. (Subrayas nuestras).

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

(...)

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

“ARTICULO [53](#). El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: // Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e

interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. // El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. // Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. // La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”. (Subrayas nuestras).

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

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

En desarrollo del mandato constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley [100](#) de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, reglamentada por el Decreto 806 de 1998⁽¹⁾, entre cuyas disposiciones está la obligación de los contratistas independientes de afiliarse al sistema y recibir las prestaciones asistenciales y económicas a que tienen derecho, entre ellas, las correspondientes a la mujer en estado de embarazo, parto y maternidad.

Ley [100](#) de 1993

“ARTICULO [157](#). Tipos de participantes en el sistema general de seguridad social en salud. A partir de la sanción de la presente ley, todo colombiano participará en el servicio público esencial de salud que permite el sistema general de seguridad social en salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A) Afiliados al sistema de seguridad social

Existirán dos tipos de afiliados al sistema general de seguridad social en salud:

1. Los afiliados al sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente ley.

2. Los afiliados al sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo [211](#) de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el sistema general de seguridad social en salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes,

maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.

B) Personas vinculadas al sistema.

Los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado. (...)” (Subrayas nuestras).

“ARTICULO [162](#). Plan de salud obligatorio. El sistema general de seguridad social de salud crea las condiciones de acceso a un plano obligatorio de salud para todos habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan. (...)” (Subrayas nuestras).

“ARTICULO [166](#). Atención materno infantil. El plan obligatorio de salud para las mujeres en estado de embarazo cubrirá los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del posparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia.

El plan obligatorio de salud para los menores de un año cubrirá la educación, información y fomento de la salud, el fomento de la lactancia materna, la vigilancia del crecimiento y desarrollo, la prevención de la enfermedad, incluyendo inmunizaciones, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencia, incluidos los medicamentos esenciales; y la rehabilitación cuando hubiere lugar, de conformidad con lo previsto en la presente ley y sus reglamentos.

Además del plan obligatorio de salud, las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado recibirán un subsidio alimentario en la forma como lo determinen los planes y programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y con cargo a éste.

PARAGRAFO. 1º-Para los efectos de la presente ley, entiéndase por subsidio alimentario la subvención en especie, consistente en alimentos o nutrientes que se entregan a la mujer gestante y a la madre del menor de un año y que permiten una dieta adecuada. (...) (Subrayas nuestras)

“ARTICULO [207](#). De las licencias por maternidad. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo [157](#), el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las entidades promotoras de salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el fondo de solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente a las unidades de pago por capitación, UPC”. (Subrayas nuestras).

De acuerdo con estas normas de la Ley [100](#) de 1993, reglamentadas por el Decreto 806 de 1998, observamos que los trabajadores independientes, como es el caso de las mujeres vinculadas mediante contrato de prestación de servicios, son afiliados obligatorios cotizantes al régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud y reciben los beneficios del plan de salud obligatorio, que para el caso de las mujeres en estado de embarazo cubre los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del posparto y la atención a las afecciones relacionadas directamente con la lactancia (maternidad).

Cabe agregar que el régimen contributivo reconoce y paga a cada una de las entidades promotoras de salud la licencia de maternidad.

Además del plan obligatorio de salud, las mujeres en estado de embarazo y las madres de niños menores de un año que no cuenten con capacidad de pago y que pertenezcan al régimen subsidiado recibirán subsidio alimentario.

El trámite y reconocimiento de incapacidades⁽²⁾ y licencias de maternidad para trabajadoras independientes, vinculadas mediante contrato de prestación de servicios, es el mismo dispuesto en las normas legales vigentes para los trabajadores dependientes, en razón a que no hay normatividad especial que los diferencie o discrimine⁽³⁾.

Es menester tener en cuenta que en virtud de lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley 100 de 1993⁽⁴⁾, reglamentado por el artículo 57 del Decreto 806 de 1998, el no pago de las cotizaciones al sistema contributivo produce la suspensión de la afiliación y el derecho a la atención del plan de salud obligatorio⁽⁶⁾, razón por la cual la trabajadora independiente debe contar con una fuente de ingresos que le permita continuar cotizando al sistema.

Dada la autonomía con que los (las) contratistas ejecutan los contratos de prestación de servicios, nada impide que la mujer gestante haga uso de los medios tecnológicos a su alcance para desarrollar sus actividades y si es del caso, en virtud del principio de solidaridad a que aluden los artículos [1](#), [48](#) y [95](#) de la Constitución Política, pueda apoyarse en terceros idóneos (compañeros de labores o profesionales amigos), sin que se produzca la cesión del contrato, para continuar desarrollando bajo su responsabilidad el objeto contractual que a la vez le permita recibir el pago de sus honorarios en la forma pactada.

Ahora bien, en el evento en que el contrato de prestación de servicios se haya estipulado pagos mensuales y la contratista por motivo del embarazo o licencia de maternidad se vea imposibilitada para acreditar el desarrollo de la actividad o prestación del respectivo servicio, esa circunstancia, debidamente comprobada por el supervisor o interventor del contrato, no dará lugar a multa o sanción alguna. En estos casos, el supervisor o interventor del contrato deberá rendir el correspondiente informe en el que se indique la circunstancia de inejecución del contrato y el no pago de los respectivos honorarios.

3. Fuero de maternidad y estabilidad laboral reforzada

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la protección especial a la mujer trabajadora gestante, a través del desarrollo constitucional y legal señalado, constituye una protección general denominada “fuero de maternidad”, el cual comprende la protección específica prevista en el ordenamiento jurídico en favor de la mujer embarazada, con un receso remunerado antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y una estabilidad laboral reforzada.

Sobre la estabilidad de las contratistas derivada del embarazo y maternidad han existidos múltiples pronunciamientos de los altos tribunales, muchas veces contradictorios entre sí. Esto motivó a que la Honorable Corte Constitucional, con el fin de dar un tratamiento igualitario a todos los casos, se pronunciara mediante la Sentencia de Unificación SU [070](#) de 2013.

La Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación SU [070](#) de 2013, señala que en cada caso concreto debe verificarse los presupuestos de hecho necesarios para predicar la existencia o

cobijo del fuero de maternidad o estabilidad reforzada por embarazo y maternidad, dependiendo de cada una de las diferentes formas de vinculación laboral o contractual, pues la solución depende de dichas formas. Así lo señaló la Corte:

“De este modo, la problemática en este aspecto revelada por los casos objeto de revisión, consiste en que el alcance de la protección laboral reforzada de las mujeres embarazadas debe analizarse a partir de las distintas modalidades de alternativas laborales. Esto en tanto la mayoría de los casos no se refieren a la existencia de una relación laboral, sino a opciones laborales fundamentadas en categorías jurídicas especiales, cuya regulación es específica en el asunto de las causales de terminación.

El problema descrito resulta ineludible, en tanto la Constitución de 1991 dispone la protección en este aspecto a las mujeres gestantes, como se verá más adelante, sin referencia a que dicha garantía se otorgue o no, según la modalidad laboral que se desarrolle. Además, este tema ha venido siendo desarrollado por la jurisprudencia constitucional, aunque sin mayor sistematización, lo que hace aún más necesario dar cuenta del estudio de este punto”.

No es del caso hacer un análisis de cada uno de los aspectos tratados en el extenso fallo de unificación, remitiéndonos a la parte pertinente de los contratos de prestación de servicios, que es el punto de la consulta.

Vale la pena mencionar los fundamentos normativos que tuvo la Corte Constitucional para pronunciarse, pues claramente se especifica que la protección a la mujer embarazada, a la maternidad, al igual que al que está por nacer y al niño, no se circunscribe al ámbito meramente laboral de la mujer, sino que genera una responsabilidad mucho más amplia y en cabeza del Estado derivada de los mandatos constitucionales y de la normatividad internacional incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo manifiesta en los siguientes términos:

“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”.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”, mientras que el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, señala que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”. Por su parte, el artículo 12.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), señala que “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario”.

(...)

De las anteriores disposiciones se sigue que 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 fundamento constitucional inicial del fuero de maternidad, es el derecho a la igualdad y la

consecuente prohibición de la discriminación por razones de sexo, prescritas en los artículos [13](#)^[9] y [43](#)^[10] de la Constitución, en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)^[11] y en los artículos [1](#)^[12] y [24](#)^[13] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Del mismo modo se funda en los artículos [2](#)^[14] y [6](#)^[15] del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) y en los artículos [3](#)^[16] y [6](#)^[17] del Pacto de San Salvador, que en su conjunto consagran el derecho a trabajar para todas las personas sin distinciones de sexo. De forma más concreta, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), expedida en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU y aprobada por la ley 51 de 1981, en su artículo 11 dispone que es obligación de los Estados adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo” a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres “el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano”.

(...)

Desde principios de siglo, la OIT promulgó regulaciones específicas para amparar a la mujer embarazada. Así, el Convenio No 3, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y fue aprobado por Colombia por la Ley 129 de 1931, señaló en su artículo 3º:

“En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

- a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;
- b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;
- c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y las del hijo en buenas condiciones de higiene: dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona.”

(...)

La Corte concluye entonces, que las disposiciones constitucionales y las normas internacionales establecen una garantía reforzada a la estabilidad en el trabajo de las mujeres que se encuentran en el periodo de embarazo y lactancia. En este sentido, la Corte ha indicado que “en desarrollo del principio de igualdad y en aras de garantizar el derecho al trabajo de la mujer embarazada (...) tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobre costos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas”^[20]

(...)

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”.

Viendo la ratio decidendi del fallo en cuestión, tenemos que así se manifestó el máximo tribunal constitucional refiriéndose en concreto a los casos de las mujeres vinculadas mediante contrato de prestación de servicios:

“5. ALCANCE DE LA PROTECCIÓN. Órdenes judiciales procedentes según la modalidad de la alternativa laboral y el conocimiento del empleador sobre el estado de embarazo de la trabajadora al momento de la desvinculación

38.- La aplicación de los criterios que se acaban de exponer, deja sin embargo, sin resolver el asunto de cuál(es) sería(n) la(s) medida(s) protectora(s) según cada una de las modalidades de relación en la que sustenten las alternativas laborales de las mujeres gestantes, y según si el empleador conocía o no del estado de gestación. Tradicionalmente la opción adoptada por la jurisprudencia constitucional ha sido fundamentar la posibilidad de protección, en las posibilidades formales que ofrece la modalidad de relación laboral o de contratación.

No obstante, la perspectiva adoptada en la presente unificación consiste en considerar la procedibilidad de medidas protectoras siempre que se den los requisitos consignados en el acápite anterior, y trasladar las consecuencias tanto de las particularidades de cada modo de vinculación o prestación, como del conocimiento del embarazo por el empleador (o contratista), no a la viabilidad de la protección misma, sino a la determinación de su alcance. Es decir, se procura la protección siempre que se cumplan los requisitos, pero dicha protección tendrá un alcance distinto según la modalidad de vinculación que presenta la alternativa laboral desarrollada por la mujer gestante y según el empleador haya conocido o no del embarazo al momento del despido”.

Y ya en su consideración definitiva sobre el contrato de prestación de servicios, la Corte Constitución retomó la jurisprudencia sobre la naturaleza de esta forma de vinculación y en su razonamiento de fondo manifestó:

“6. 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”[63] 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.

Bajo esta lógica, deberá verificarse la estructuración material de los elementos fundamentales de un contrato de trabajo, “independientemente de la vinculación o denominación que el empleador adopte para el tipo de contrato que suscriba con el trabajador”[64] Así, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido que los elementos que configuran la existencia de un contrato de trabajo, son (i) el salario, (ii) la continua subordinación o dependencia y (iii) la prestación personal del

servicio. Por lo tanto, si el juez de tutela concluye la concurrencia de estos tres elementos en una vinculación mediante contrato de prestación de servicios de una trabajadora gestante o lactante, podrá concluirse que se está en presencia de un verdadero contrato de trabajo.

(...)

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 real, la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las características 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.^[67]”

Es claro entonces lo expuesto por la Corte Constitucional en el análisis del caso concreto de las contratistas independientes vinculadas mediante la modalidad de contrato de prestación de servicios, por tanto, a la luz de la jurisprudencia enunciada, cuyos acápites correspondientes hemos transcrito, en cada caso particular debe analizarse si se dan los presupuestos exigidos en el fallo de unificación para determinar si procede o no la aplicación de la estabilidad reforzada.

En tanto no esté demostrada la relación laboral, el contrato de prestación de servicios se rige exclusivamente por su propia normatividad y se debe garantizar su vigencia en los términos estipulados en el mismo y de acuerdo con las normas presupuestales, teniendo en cuenta que la entidad no puede adquirir obligaciones que no estén debidamente presupuestadas.

Es menester precisar que mientras no se demuestre la existencia de una relación laboral, no es jurídicamente viable invocar la figura de la “estabilidad laboral reforzada” frente a un contrato de prestación de servicios, pues no existiendo un vínculo laboral no es factible predicar mayor estabilidad de un empleo inexistente, por cuanto no es lógico atribuirle cualidades a algo que no existe, tal como tuvo oportunidad de expresarlo y ratificarlo nuestra dependencia mediante el concepto jurídico radicado No. 8-2016-005948 del 17 de febrero de 2016, al cual basta remitimos para estos efectos^{7]}

Ahora bien, en el caso de la mujer independiente vinculada mediante contrato de prestación de servicios, lo que se debe garantizar es el derecho constitucional y legal a la protección especial durante el embarazo, el parto y la maternidad, sin que ello signifique que bajo esas circunstancias se produzca una mutación que transforme su calidad de contratista independiente en una trabajadora con vínculo laboral, razón por la cual no cabe invocar la figura de la “estabilidad laboral reforzada” frente a un empleo inexistente, pues, independientemente de la actividad que desarrolle, lo que el Estado por intermedio del Sistema General Integral de Seguridad Social debe garantizar a la mujer gestante es la protección especial durante el embarazo, el parto y la maternidad, de tal manera que el contrato de prestación de servicios debe continuar como si se tratara de una incapacidad temporal.

Es menester precisar que si bien es cierto el numeral 2.2 del Manual de Contratación del SENA, adoptado mediante la Resolución [0203](#) de 2014, contempla como regla general que la “suspensión de contrato procederá cuando se presente una circunstancia especial que lo amerite, la cual debe constar en un acta suscrita por las partes que celebraron el contrato, previo concepto del Interventor o Supervisor, en la cual conste la interrupción o suspensión temporal, las razones que las sustentan y la fecha exacta de reiniciación del mismo”, no es menos cierto que el estado

de gravidez o de maternidad por sí solo no constituye causal de suspensión, salvo que la gestante o materna decida suspenderlo o darlo por terminado, situación que en todo caso debe evaluar el respectivo Interventor o Supervisor, con el fin de no afectar los derechos constitucionales y legales de la contratista.

Cabe reiterar que mientras no se demuestre lo contrario, el contrato de prestación de servicios no es de naturaleza laboral ni genera prestaciones sociales a favor de la contratista, por cuanto dicho vínculo se rige por lo dispuesto en la ley de contratación estatal y lo que libremente hayan pactado las partes, tal como lo ha precisado el Ministerio de trabajo, entre otros, mediante el concepto No. 8228 del 13 de enero de 2011, en el cual señaló:

“Si se trata de un contratista, esto es, una persona vinculada mediante un contrato de prestación de servicios, debe tener presente que entre el contratante y el contratista no existe un vínculo laboral sino una relación de orden civil o comercial, razón por la cual, no se generan las prestaciones sociales, vacaciones, ni derechos propios de un contrato de trabajo, y una vez terminado el contrato de prestación de servicios, el contratista solo tendrá derecho al pago de los honorarios, como la remuneración por los servicios prestados.

Así mismo, debe tenerse presente que las cargas en materia de seguridad social cuando se ha celebrado un contrato de prestación de servicios está en cabeza del contratista, quien se encarga no solo de la cotización del 100% de los aportes sino de los trámites administrativos propios de la afiliación. (...)”

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

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

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

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

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

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

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

Se reitera que la entidad debe garantizar la continuidad del contrato de prestación de servicios, siempre y cuando al finalizar el plazo pactado se verifique que persiste la necesidad que dio origen al vínculo contractual.

Ahora bien, 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.

RESPUESTA JURÍDICA

Con fundamento en lo anterior, se procede a dar respuesta a cada uno de los interrogantes planteados, de la siguiente manera:

PREGUNTA 1. ¿De acuerdo con la normatividad vigente y la naturaleza del SENA, cuál es el procedimiento que se debe realizar en el caso de una instructora contratista embarazada que está próxima al parto y cuyo contrato de prestación de servicios vence el 10 de diciembre de 2016?

RESPUESTA. En virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y en las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en salud, le corresponde al SENA en calidad de entidad estatal velar por la protección especial de la mujer durante el embarazo y después del parto, independientemente del tipo de vinculación que tenga con la entidad.

En virtud de esta protección especial que ampara a la mujer embarazada, el SENA debe propender por la continuidad del contrato de prestación de servicios, sin perjuicio de que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes hayan estipulado las respectivas causales de suspensión del mismo. 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.

Cabe agregar que nada impide que la mujer gestante haga uso de los medios tecnológicos a su alcance para desarrollar sus actividades y es del caso informe al ordenador del gasto la 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.

PREGUNTA 2. ¿Cómo se debe proceder con el contrato?

RESPUESTA. 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.

PREGUNTA 3. ¿Por cuánto tiempo se debe garantizar el contrato a la instructora después de terminada la licencia?

RESPUESTA: 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.

Ahora bien, 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.

El presente concepto tiene el efecto determinado en el artículo [28](#) de la Ley 1755 de 2015, el cual sustituyó el Título II del C.P.A.C.A.

Cordial saludo,

Carlos Emilio Burbano Barrera

Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

Dirección Jurídica SENA



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)

