

CONCEPTO 25995 DE 2020

(abril 27)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

PARA: XXXXX Subdirector - Centro Metalmecánico del SENA Regional Distrito Capital-

DE: XXXXX Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa 1-0014

ASUNTO: Concepto contratación servicios profesionales mujer con protección reforzada (madre lactante) – Circular 01-3-2020-000068 de 2020

Mediante comunicación electrónica sin radicar de fecha 23 de abril de 2020 solicita la intervención en el concepto requerido para la contratación de los servicios profesionales en derecho de persona con protección laboral reforzada, toda vez que resta un día para expirar el plazo del contrato y aún se encuentra la contratista en su condición de madre lactante, adicional a que la necesidad del centro persiste. Al respecto, de manera comedida le informo:

En la consulta formulada, puntualiza:

“El contrato CO1.PCCNTR. 1302690 fue suscrito el 23 de enero de 2020 el con el objeto de Prestar los servicios profesionales de carácter temporal para apoyar jurídicamente todos los procesos, elaboración de actos administrativos, respuestas a derechos de petición, tutelas, procesos administrativos internos, revisión de documentos jurídicos y el apoyo a la supervisión de bienes del centro metalmecánico, por un plazo de Tres (3) meses, en garantía al derecho a la estabilidad laboral reforzada derivado de la licencia de maternidad, bajo las mismas condiciones del contrato suscrito en estado de gestación en la vigencia 2019. Para garantizar los pagos durante su licencia de maternidad, se efectuaron pagos iguales los cuales se generaron de enero a marzo, cumpliendo con el objeto y las obligaciones contractuales pactadas. A la fecha, la contratista continúa con protección especial, de acuerdo a las sentencias C-005 de 2017 y SU-049 de 2017, por su condición de madre lactante.

El 2 de abril de 2020 solicité orientación a la doctora Verónica Ponce con el propósito de resolver la situación garantizando los derechos fundamentales de la contratista y la prestación del servicio profesional que requiere el centro, proponiendo terminación anticipada y liquidación del contrato para iniciar otro con el objeto específico para la presente vigencia y bajo el presupuesto asignado, toda vez que el contrato terminaría el 22 de abril de 2020.

El 8 de abril de 2020, la Dra. Verónica Ponce Vallejo, Secretaria General, dio respuesta en los siguientes términos:

"En atención a su solicitud de orientación es necesario recordar que de acuerdo con la garantía constitucional de nuestro país la mujer durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado. En ese mismo sentido, el Estado colombiano se ha obligado por medio de la suscripción de diferentes tratados internacionales a garantizar los derechos de las mujeres en estado de gestación y lactancia, particularmente la no discriminación laboral por encontrarse en tal condición. Para el caso en concreto, teniendo en cuenta los

argumentos jurídicos existentes -señalados por usted en la comunicación que antecede-, es el ordenador del gasto, quién debe identificar la necesidad del servicio, y proceder con el trámite contractual que se haya determinado, siempre y cuando la actual contratista no quede desprotegida ni un sólo día.

Es decir si el periodo de protección finaliza el 22 de abril y se desea, por mutuo acuerdo entre las partes, terminar anticipadamente el contrato para suscribir uno nuevo bajo otros supuestos fácticos y presupuestales como lo es la necesidad del servicio persistente, ése nuevo contrato deberá suscribirse en el menor tiempo posible una vez se termine anticipadamente y por mutuo acuerdo el anterior.

Finalmente y para mayor ilustración lo invito a consultar el normograma de la Entidad en el cual encontrará conceptos emitidos por la Dirección Jurídica en relación con contratos de prestación de servicios de mujeres en estado de gestación o lactancia."

Adjunto la solicitud enviada a la Secretaria General de fecha 2 de abril de 2020, la respuesta de fecha 8 de abril de 2020 y la circular 01-3-2020-000068 de fecha 14 de abril de 2020.

El 14 de abril de 2020 fue expedida la circular 01-3-2020-000068 por medio de la cual suspende los trámites para nuevos contratos de prestación de servicios con personas naturales, en ella se establecieron dos excepciones y el procedimiento para concepto y autorización.

El 15 de abril de 2020 procedí a enviar la solicitud de concepto al Director de área, conforme la circular, Director de Formación Profesional quien indicó el 20 de abril de 2020 que el objeto contractual no es competencia de la Dirección de Formación Profesional".

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:

Circular 01-3-2020-000068 de 2020 (14 de abril) expedida por el Director General del SENA

Conceptos 91969 de 2019 (diciembre 10); 073092 de 2019 (16 de octubre), 57215 de 2019 (agosto 26); 16003 de 2019 (marzo 14) del Grupo de Conceptos Jurídicos y Protección Reforzada de la Dirección Jurídica.

Sentencias de unificación SU -075 de 2018, SU-070 de 2013, SU-071 de 2013 - Corte Constitucional.

ANÁLISIS JURÍDICO

1°. Sobre la protección reforzada de ciertos grupos poblacionales, entre las cuales se encuentran las mujeres lactantes, el Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa de la Dirección

Jurídica ha emitido, entre otros, los siguientes Conceptos: Concepto [91969](#) de 2019 (diciembre 10); Concepto [073092](#) de 2019 (16 de octubre), Concepto [57215](#) de 2019 (agosto 26); Concepto [16003](#) de 2019 (marzo 14)

En relación con la protección laboral reforzada de la mujer durante el embarazo, la licencia de maternidad y la lactancia, sin importar si se trata de una relación laboral o de un vínculo contractual por prestación de servicios, la Corte Constitucional se ha pronunciado, entre otras, en las Sentencias de unificación SU-[049](#) de 2017, SU-[070](#) de 2013, SU-[071](#) de 2013 y SU-[075](#) de 2018.

Por ser relevante para el caso que nos ocupa, conviene traer a colación lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia SU-[0075](#) de 2018: “El fuero de maternidad desarrolla el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres gestantes y lactantes y se compone de varias medidas de protección que, aunque diferenciadas, son complementarias y corresponden al propósito de garantizar que no se excluya a las mujeres del mercado laboral en razón del proceso de gestación”.

En este último fallo, la Corte sostuvo:

“(…) La Sentencia SU-[070](#) de 2013 estableció algunas pautas para precisar el alcance de la unificación normativa: (i) En primer lugar, determinó que las reglas de procedencia de la acción de tutela en materia de protección constitucional reforzada de mujeres embarazadas en el ámbito laboral “son las generales que han sido definidas en reiterada jurisprudencia”. Añadió que el amparo debe interponerse en un plazo razonable y que la exigencia de vulneración o amenaza al mínimo vital de la madre o del recién nacido es necesaria únicamente cuando se discute la protección reforzada de la maternidad en sede de tutela. (ii) En segundo lugar, manifestó que el juez de tutela debe valorar, en cada caso concreto, los supuestos que rodean el despido de la trabajadora, para determinar si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral. Por tanto, estimó que debe darse un trato diferenciado “si se trata de cargos de temporada o de empresas pequeñas, respecto de cargos permanentes dentro de grandes compañías o cuando la vacante dejada por la trabajadora despedida, fue suplida con otro trabajador”. (iii) En tercer lugar, indicó que las reglas derivadas de la protección constitucional reforzada a la mujer embarazada y lactante que han sido definidas en esas consideraciones, se extienden por el término del periodo de gestación y la licencia de maternidad, es decir, aproximadamente los cuatro meses posteriores al parto. (iv) Finalmente, en aquellos eventos en los cuales corresponde ordenar al empleador el pago de las cotizaciones a la seguridad social que se requieran para que la mujer embarazada pueda acceder a la licencia de maternidad, y ya tuvo lugar el nacimiento del hijo, el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia como medida sustitutiva”. (Negritas y subrayado fuera de texto)

2°. Con ocasión de la situación epidemiológica causada por el virus COVID-19, el Director General del SENA expidió la Circular No. 01-3-2020-00[0068](#) de 2020 (14 de abril), mediante la cual informó que durante dos (2) meses, contados a partir de la fecha de dicha circular, quedan suspendidos temporalmente en el SENA a nivel nacional, los trámites precontractuales para la suscripción de nuevos contratos de prestación de servicios con personas naturales, cualquiera sea su objeto (instructor, apoyo misional o apoyo administrativo).

Solo se podrán tramitar y suscribir en el SENA de manera excepcional los siguientes contratos de prestación de servicios con personas naturales: i) los que se requieran para el manejo, prevención, mitigación o contención de los diferentes efectos derivados del COVID19, y ii) los

indispensables que sean autorizados como se establece en dicha circular.

La Circular dispone que la Regional o el Centro de Formación que durante este periodo requiera suscribir un contrato de prestación de servicios con persona natural basado en la primera excepción (por tener relación con el COVID-19), debe enviar la justificación y los documentos que la sustenten a la Secretaría General.

Si se trata de la segunda excepción, la justificación y los documentos que la sustenten deben ser remitidos al Director de Área o Jefe de Oficina que tiene a cargo el direccionamiento estratégico del respectivo proceso en la Dirección General. Recibidos los documentos por la Secretaría General, el Área u Oficina, ésta emitirá concepto sobre la necesidad del contrato dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, aplicando criterios de urgencia, necesidad y optimización.

Si el concepto es negativo, el Área u Oficina que haya recibido la solicitud la devolverá a la Regional o al Centro para su archivo.

Si el concepto es positivo remitirá la documentación de manera simultánea a la Dirección de Planeación y Direccionamiento Corporativo y a la Secretaría General, donde determinarán si se autoriza o no a la Regional o al Centro el trámite y la suscripción del contrato.

CONCLUSIÓN

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:

- 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 cuatro meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación de servicios. (Corte Constitucional Sentencia SU [075](#) de 2018).
- 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.
- En caso de que persista la necesidad institucional de contar con los servicios que venía prestando la contratista embarazada, en licencia de maternidad o durante la lactancia, 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.

De acuerdo con lo antes señalado, y a la luz de los precedentes jurisprudenciales que se han mencionado, encontramos que el caso objeto de consulta se enmarca dentro de la segunda excepción contemplada en la Circular No. 01-3-2020-00[0068](#) de 2020 (14 de abril) en cuanto es indispensable que sea autorizada la contratación de la profesional con especial protección reforzada, dada su condición de madre lactante.

Es importante tener en cuenta que según lo expuesto en la Sentencia SU-0075 de 2018 antes referida, las reglas derivadas de la protección constitucional reforzada a la mujer embarazada y lactante se extienden por el término del periodo de gestación y la licencia de maternidad, es decir, aproximadamente los cuatro meses posteriores al parto.

Así las cosas, a nuestro juicio, y dado que el término del contrato estaba próximo a vencer o ya expiró, recomendamos se evalúe si es dable la prórroga o si es procedente la suscripción de un nuevo contrato de prestación de servicios, teniendo en cuenta el perfil del contrato que se había suscrito en el mes de enero de 2020. A lo anterior debe sumarse el hecho, según lo expuesto en su comunicación, que además de existir una protección laboral reforzada, persiste la necesidad institucional de contar con los servicios de la profesional en derecho, lo cual debe estar plenamente justificado.

Por parte del Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa no pueden resolverse situaciones concretas o particulares, por lo cual consideramos que en el caso planteado debe observarse el procedimiento indicado en la Circular 01-3-2020-00068 de 2020 para el trámite de la contratación pretendida.

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



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)

