

CONCEPTO 51402 DE 2016

(octubre 11)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Bogotá D.C

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Suspensión contrato de prestación de servicios por licencia de maternidad

En atención a su comunicación electrónica del 7 de septiembre de 2016 (sin radicar), mediante la cual solicita concepto jurídico sobre la viabilidad de suspender un contrato de prestación de servicios por licencia de maternidad; al respecto, de manera comedida procedemos a resolver su consulta.

En su comunicación señala lo siguiente:

Me dirijo a usted, con todo respeto y en busca de su ayuda con respecto a al concepto [32898](#) de 2016, emitido por usted el 7 de julio pasado, sobre la licencia de maternidad de una instructora contratista.

Actualmente soy contratista vinculada al Centro de Industria y Servicios del Meta y me encontraba embarazada hasta el pasado 18 de agosto; verbalmente había acordado con mi supervisor que yo tomaría dos meses de la licencia de maternidad y regresaría para culminar mi contrato, el cual ejecutaría en horario de la mañana y así tener tiempo libre para mi bebé; sin embargo al tener a mi hija, mi supervisor me informa que debemos suspender contrato por las 14 semanas que estipula la ley, a lo cual yo le he contestado que la suspensión del contrato debe ser por mutuo acuerdo y que yo solamente suspendería por los dos meses acordados.

Según el contrato que tengo firmado con la entidad, la cláusula décima quinta estipula la suspensión del contrato, donde claramente dice que el contrato se suspenderá de manera temporal según las siguientes causales: 1. Por mutuo acuerdo entre las partes y 2. Fuerza mayor o caso fortuito, por causas debidamente justificadas, previa solicitud de la Contratista.

Como usted puede ver, primero no hay mutuo acuerdo y segundo la contratista está solicitando solo dos meses de suspensión no 14 semanas.

Según lo leído y tal cual usted lo indica, conforme a la Constitución Política, "le corresponde al Sena 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. Además que en el evento en que se quiera realizar suspensión, ésta debe ser por mutuo acuerdo. Y si a pesar de la licencia de maternidad las partes acuerdan no suspender el contrato de prestación de servicios y la contratista acredita el cumplimiento de las actividades contratadas, habrá lugar al pago de honorarios".

Todo esto aunado a 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 fin después de todo esto, requiero su ayuda, con el fin de que usted por este medio me indique claramente sí ellos pueden obligarme a suspender el contrato por las 14 semanas, o qué puedo hacer para llegar a un acuerdo, donde yo no pase por encima de la autoridad de ellos como jefes, pero que tampoco me vea afectada porque realmente esto me tiene perjudicada económicamente.

Nuevamente mil disculpas si le incomodo, pero lo veo como mi única opción para llegar a un arreglo con mi supervisor y ordenador del gasto.

La consultante anexa varios correos cruzados sobre la suspensión del contrato de prestación de servicios, pero teniendo en cuenta el carácter general y abstracto de nuestros pronunciamientos, lo expresado en dichos correos no será objeto de análisis por parte de esta dependencia.

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.

ANÁLISIS JURÍDICO

En relación con el tema consultado, retomaremos lo expuesto en el Concepto Jurídico número [32898](#) del 7 de julio de 2016, para luego precisar con criterio general y abstracto el manejo de los contratos de prestación de servicios durante el tiempo que dure la licencia de maternidad, sin entrar a definir la situación particular objeto de la consulta, ni discutir la posición de las partes en el caso planteado, por cuanto los conceptos jurídicos no son vinculantes (obligatorios) ni es factible que por medio de ellos se imparta órdenes a la administración, so pena de incurrir en usurpación de funciones, máxime cuando nuestros pronunciamientos están orientados a servir de criterio auxiliar para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes por parte de los funcionarios competentes.

Concepto jurídico

Mediante radicado número 8-2016-0[32898](#) del 7 de julio de 2016, nuestra dependencia abordó la situación de las mujeres vinculadas con la administración mediante contrato de prestación de servicios, durante el embarazo, el parto y la licencia de maternidad⁽¹⁾.

En el concepto citado se analizó la naturaleza del contrato de prestación de servicios, la protección constitucional y legal de la mujer en estado de embarazo y la maternidad, el fuero de maternidad y la estabilidad laboral reforzada, abordado de manera especial por la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial SU-[070](#) de 2013.

De nuestro pronunciamiento destacamos los siguientes aspectos.

(...)

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⁽⁵⁾, 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.

(...)

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.

(...)

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.

De acuerdo con lo expuesto en el concepto emitido por nuestra dependencia, no es acertado pensar que para garantizar la protección constitucional y legal de la maternidad sea imperioso suspender el contrato de prestación de servicios, salvo que dicha suspensión se realice de mutuo.

Cabe destacar que no existe disposición constitucional o legal que establezca con carácter imperativo la suspensión del contrato de prestación de servicios durante la licencia de maternidad de la contratista, pues dicha suspensión opera de mutuo acuerdo, cuando por situaciones especiales, circunstancias debidamente justificadas, fuerza mayor o caso fortuito, la contratista no pueda o se vea imposibilitada para desarrollar las actividades pactadas, pero en todo caso la suspensión no opera con carácter impositivo de una parte sobre la otra.

Se enfatiza que no es indispensable ni necesaria la suspensión del contrato de prestación de servicios por razón de la maternidad, pues con la presentación de la licencia de maternidad (incapacidad) es suficiente para justificar la inexecución del contrato de prestación de servicios.

Ahora bien, si la contratista decide disfrutar todo el tiempo de su licencia de maternidad, cuenta con la opción de acordar con el ordenador del gasto la suspensión del contrato de prestación de servicios, cuya prestación económica la asume la EPS donde se encuentre afiliada. Por el contrario, si no hay suspensión del contrato y la materna por sus propios medios y bajo su entera responsabilidad ejecuta el objeto del contrato de prestación de servicios, la entidad contratante desembolsará los honorarios pactados en la forma convenida, sin que por ello se afecte el pago

de la licencia que le corresponde asumir a la EPS.

Se reitera que si el contrato de prestación de servicios no se suspende durante la licencia de maternidad o parte de la misma y la contratista acredita el cumplimiento de las actividades contratadas, es deber de la entidad realizar el correspondiente pago en la forma convenida, sin que se anteponga el hecho de encontrarse en licencia de maternidad, pues el contrato de prestación de servicios no se rige por las normas del derecho laboral, la contratista lo ejecuta con independencia, por sus propios medios, bajo su autonomía y entera responsabilidad.

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.

Cordial saludo,

Carlos Emilio Burbano

Coordinador Grupo Conceptos y Producción Normativa

Dirección Jurídica SENA

NOTAS AL FINAL:

1. Concepto jurídico número 8-2016-032898 del 7 de julio de 2016, remitido al funcionario Edgar Bonilla Suárez, Coordinador Administrativo del Centro Agroempresarial y Turístico de los Andes del SENA Regional Santander.
4. “ARTICULO. [209](#). Suspensión de la afiliación. El no pago de la cotización en el sistema contributivo producirá la suspensión de la afiliación y al derecho a la atención del plan de salud obligatorio. Por el período de la suspensión, no se podrán causar deuda ni interés de ninguna clase”. (Declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en Sentencia C-177 de 1998).
5. Decreto 806 de 1998 “Artículo 57. Suspensión de la afiliación. La afiliación será suspendida después de un mes de no pago de la cotización que le corresponde al afiliado, al empleador o a la administradora de pensiones, según sea el caso o cuando el afiliado cotizante que incluyó dentro de su grupo a un miembro dependiente no cancele la unidad de pago por capitación adicional en los términos establecidos en el presente decreto. // Cuando la suspensión sea por causa del empleador o de la administradora de pensiones, éste o ésta deberá garantizar la prestación de servicios de salud a los trabajadores que así lo requieran, sin perjuicio de la obligación de pagar los aportes atrasados y de las sanciones a que haya lugar por este hecho, de conformidad con lo establecido por el párrafo del artículo [210](#) y el artículo [271](#) de la Ley 100 de 1993. // El empleador, la administradora de pensiones o el afiliado deberá para efectos de levantar la suspensión, pagar por todos los períodos atrasados a la Entidad Promotora de Salud, la cual brindará atención inmediata. // Párrafo. La Entidad Promotora de Salud compensará por cada uno de los períodos cancelados”.
6. En relación con la suspensión se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-177 de 1998, mediante la cual declaró la exequibilidad condicionada del artículo [209](#) de la Ley 100 de 1993, en la medida en que la suspensión de la afiliación podrá ser aplicada a los afiliados al régimen contributivo vinculados como trabajadores independientes. Precizando que frente a los

asalariados y servidores públicos no resulta razonable la suspensión de la afiliación; sin embargo, puede la EPS interrumpir los servicios de salud, asumiendo el empleador la obligación de prestarlos tanto al trabajador como a su grupo familiar.



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)

