

Bogotá D.C., 16/11/2017

08SE2017120300000029876

Al responder por favor citar esté número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Respuesta Radicado No. 11EI2017120000000010259 y
11EE2017120000000052277 de 2017
Licencia de Maternidad en Contratista

Respetado(a) Señor(a)

En respuesta a su solicitud mediante la cual requiere concepto Jurídico respecto a “la aplicación de la licencia de maternidad en el Contrato de Prestación de Servicios” Esta oficina se permite informarle lo siguiente:

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica:

De Acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 4108 de 2011, “*Por el cual se modifican los objetivos y la Estructura del Ministerio de Trabajo y se integra el sector Administrativo de Trabajo*”, esta Oficina Asesora Jurídica no ostenta la competencia de dirimir controversias ni declarar derechos, pues, esto le compete a los Honorables Jueces de la República, es así, como los conceptos emitidos tendrán carácter meramente orientador mas no de obligatorio cumplimiento, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta, por mandato expreso del Artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, los funcionarios no estamos facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

Frente al caso en concreto:

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, esta oficina haciendo uso de la función orientadora en materia de relaciones laborales, procederá a emitir el concepto conforme a la posición que tiene este Ministerio sobre el tema planteado en su consulta en los siguientes términos:

Como primera medida, es necesario informar que ésta Entidad no puede decidir o definir la situación particular que se plantea en su consulta, sin embargo, con el fin de orientarlo, a continuación se le presentan las siguientes consideraciones:

La licencia de maternidad es una prestación mixta que se concede a la madre que ha dado a luz a su hijo, y consistente en el disfrute de un descanso de 18 semanas, remunerado con fundamento en el último salario (Ingreso base de Cotización – IBC) por el cual haya cotizado la trabajadora en el último periodo antes del parto, razón por la cual, la trabajadora que haya cotizado durante el periodo de gestación tendrá derecho al disfrute en tiempo y al pago en dinero de la licencia de maternidad.

Y por otro lado el numeral 3 del Artículo 32 de la ley 80 de 1993 indica referente al Contrato de Prestación de Servicios que:

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.

Pero cuando, la contratista entra en estado de gravidez se podría dar La protección a la mujer durante el embarazo y la lactancia. Al respecto, La Corte Constitucional, en sentencias de unificación SU-070 y 071 de 2013, precisó que la estabilidad laboral reforzada se predica para todos los contratos sin importar su naturaleza, ni si el empleador o contratante es del sector público o privado; este pronunciamiento judicial se concluyó teniendo en cuenta que, en los contratos de prestación de servicios no se genera una relación laboral de subordinación, pero si se producen dichos efectos, puesto que, se busca es atender los artículos 53 y 43 de la Constitución Política de Colombia

Ha de aclarar que, 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.

Posteriormente, la Corte Constitucional plantea las hipótesis resultantes en cada modalidad contractual, señalando puntualmente respecto del contrato de prestación de servicios – siendo el tema que nos ocupa – lo siguiente:

“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”¹, 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.

(...)

Así mismo, en el caso de contratos de prestación de servicios celebrados por el Estado con personas naturales, debe advertirse que éste únicamente opera cuando “para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden”². Por esta razón, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que si en el contrato de prestación de servicios, privado o estatal, se llegare a demostrar la existencia de una relación laboral, “ello conllevaría a su desnaturalización y a la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo; a los artículos 1, 2 y 25 de la Carta; además a los principios de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, al de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y al de la estabilidad en el empleo.”³

*Con todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los **contratos a término fijo**, en razón a que dentro las característica del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.⁴* (Subrayado y resaltado fuera de texto)

¹ La sentencia T-335 de 2004 determinó que “Este tipo de análisis debe realizarlo el juez de tutela, únicamente cuando existen indicios de afectación del mínimo vital del accionante o de algún otro tipo de derecho fundamental. En otros casos, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral”

² Artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

³ Ver la sentencia T-1210 de 2008.

⁴ *Ibíd.*

En resumen, el empleador o contratante no podrá desvincular unilateralmente ninguna trabajadora o contratista que se encuentre en estado de embarazo o periodo de lactancia, ni siquiera bajo el supuesto de una justa causa de terminación o argumentado el vencimiento del termino pactado, **sin previa autorización por parte del Inspector del Trabajo para tal fin**, pues como lo dijo la Corte, la protección a la mujer en estado de embarazo protege su gestación y su periodo de lactancia sin importar la relación laboral que se tenga o la modalidad del contrato que se suscriba.

Desafortunadamente, no existe regulación o jurisprudencia alguna que hable si la contratista puede o no recibir pago de la prestación económica, por parte de las Entidades Promotoras de Salud, y al mismo, tiempo recibir el pago de honorarios derivado del contrato de prestación de servicios.

Por ende, en estos casos podrá verse involucrados dos supuestos facticos, el primero, que se realice una suspensión del contrato y la segunda, que las partes no acuerden realizar dicha suspensión. Frente al primer supuesto, esta oficina ministerial ha indicado reiterativamente que aunque 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, enfáticamente, en virtud de la licencia de maternidad de la contratista; pero ello no, quiere decir que se encuentre prohibida

Ahora bien, es de aclarar que las partes contratantes, podrán convenir la cláusula de suspensión del contrato de prestación de servicios profesionales, fijando las reglas por la cual procederá la misma, considerando lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, *“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”*.

Frente al tema, el Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010), Radicación número: 07001-23-31-000-1997-00554-01(16431) indica:

“No tiene discusión alguna que un contrato en curso puede suspenderse por la ocurrencia de diversas circunstancias o por la voluntad de las partes y que uno de los efectos de la suspensión del contrato es la suspensión de las actividades del contratista. En tanto la suspensión sea provisional o temporal es porque el contrato se reiniciará cuando las partes así lo determinen; el caso es que estando el contrato en ejecución o suspendido con la intención de reiniciarlo, subsiste el vínculo contractual.”

Dichos en otras palabras, que si las partes deciden suspender el contrato de prestación de servicios, con el fin de buscar el disfrute del periodo de la licencia de maternidad por parte de la contratista, no existirá un impedimento legal que busque ilegitimar esta acción.

Con relación al segundo supuesto factico, y 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.

Lo que si es claro para esta Oficina, es que la licencia de maternidad es el reconocimiento de tipo económico que realiza las EPS a la progenitora, o madre adoptante del menor de edad. En este sentido, si la contratista continúa ejecutando el objeto contractual, la EPS por un lado asumirá el pago de la licencia de maternidad y el contratante por el otro deberá cancelar los honorarios convenidos.

Para finalizar, esta oficina concluye, que por jurisprudencia constitucional las mujeres gestantes y lactantes que se encuentran vinculadas por medio de un contrato de prestación de servicios, ya sea con una entidad pública o privada, gozaran de la estabilidad laboral reforzada, esto es, la imposibilidad de terminar sus contratos durante el periodo de gestación, de licencia de Maternidad y periodo de lactancia..

Que las partes podrán acordar si lo considere necesario la suspensión del contrato para el debido descanso de la contratista, y en el caso contrario la contratista deberá acreditar el cumplimiento de las actividades contratadas, dando lugar al pago de honorarios, sin la afectación del reconocimiento económico de la Licencia de Maternidad dado por las Entidades Promotora de Salud, con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social.

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.

Para mayor información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora

Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica

Proyectó: Solange Gómez

Verificó: María T. Gil

Aprobó: Marisol Porras