

Bogotá D.C., 10/11/2017

08SE201712030000029152

Al responder por favor citar esté número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Respuesta Radicado No. 11EE201712000000050753 del 08 de Agosto de 2017 Estabilidad Laboral Reforzada por Embarazo / Contrato de Prestación de Servicios / Suspensión del Contrato.

Respetado(a) Señor(a)

Respetado Señor Ramírez, reciba un cordial saludo:

En respuesta a su solicitud mediante la cual requiere concepto Jurídico respecto a “estabilidad laboral reforzada por embarazo en contrato de prestación de servicios - suspensión”. 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 respecto el tema planteado en su consulta en los siguientes términos:

Sea lo primero mencionar que teniendo en cuenta que de su consulta se infiere que nos encontramos frente a una entidad pública como lo es la Alcaldía de Bogotá, es preciso manifestarle que es en principio, **COLOMIA COMPRA EFICIENTE**, la competente para pronunciarse al respecto sobre la legislación aplicable a los contratos de prestación de servicios celebrados con Entidades del Estado, más aun cuando se está

consultando sobre contratos de prestación de servicios al parecer celebrados a la luz de la Ley 80 de 1993, es por esto que en atención a que es COLOMBIA COMPRA EFICIENTE es una institución distinta e independiente del Ministerio de Trabajo, razón por la cual, esta oficina se abstiene de pronunciarse sobre asuntos concernientes al sector público.

Lo anterior en virtud del Artículo 3° del Código Sustantivo del Trabajo dispone:

“ARTÍCULO 3o. RELACIONES QUE REGULA. El presente Código regula las relaciones de derecho individual del Trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares.

ARTÍCULO 4o. SERVIDORES PÚBLICOS. Las relaciones de derecho individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este Código, sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De manera tal que el Ministerio del Trabajo y propiamente su Oficina Asesora Jurídica, y especialmente esta coordinación, como ya lo mencionamos anteriormente, no podría emitir conceptos sobre consultas que extralimiten las **relaciones laborales**.

Sin perjuicio del pronunciamiento que efectuaremos en los siguientes términos a título de orientación:

ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA

En la jurisprudencia nacional hay diferencias muy marcadas en torno a si la estabilidad ocupacional reforzada protege solo a quienes tienen determinado rango de porcentaje de pérdida de capacidad laboral, o si por el contrario su ámbito de cobertura es más amplio y no requiere una calificación de esta naturaleza. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la **Corte Suprema de Justicia ha sostenido** al menos desde la Sentencia del 15 de julio de 2008 (Radicado 32532) **que la estabilidad laboral reforzada es una garantía derivada estrictamente de la Ley 361 de 1997, en cuyos preceptos, a su juicio, se dispone que sólo se aplica a quienes tienen la “condición de limitados por su grado de discapacidad”**. Lo cual, a su turno, remite a la reglamentación contenida en el Decreto 2463 de 2001 que clasifica los “grados de severidad de la limitación” así: moderada la que está entre el 15% y el 25% de capacidad laboral; severa la mayor al 25% e inferior al 50%; y profunda la igual o superior al 50%. En la sentencia citada, al resolver un caso en el cual una persona que aún sufría las consecuencias de un accidente de origen profesional fue desvinculada de su empleo sin autorización del Ministerio -entonces de la Protección Social.

Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación **ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les**

impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

En consecuencia, y en vista de que existen diferencias muy marcadas y objetivas en la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional. La Corte Constitucional se vio abocada en su calidad de órgano de cierre en la materia, a unificar la interpretación correspondiente por ser un asunto de su competencia, ya que de conformidad con el Artículo 241 de la Constitución Política, cuando hayan criterios dispares en la jurisprudencia nacional debe unificar criterios en pro de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Por lo que el órgano constitucional, mediante Sentencia de Unificación SU 049 del dos (2) de febrero de dos mil diecisiete (2017), Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, en Sala Plena de la Corte Constitucional señala los siguientes aspectos importantes:

“El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.

Tal y como se observa la Corte Constitucional es clara al mencionar que sin importar el tipo de vinculación que se tenga, sea de carácter laboral o mediante contrato de prestación de servicios, se tiene derecho a la **protección constitucional de estabilidad ocupacional reforzada, cualquier trabajador o contratista que dentro de su relación laboral o contractual tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte el desempeño normal de sus labores en las condiciones regulares, independientemente de si tiene o no una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.**

En esta misma sentencia se señala:

“(…)

5.13. De acuerdo con lo anterior, **no es entonces constitucionalmente aceptable que las garantías y prestaciones de estabilidad reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se contraigan a un grupo reducido, cuando la Corte encontró en la sentencia C-824 de 2011 que el universo de sus beneficiarios era amplio y para definirlo no resulta preciso “*entrar a determinar ni el tipo de limitación que se***

padezca, ni el grado o nivel de dicha limitación". Cuando se interpreta que es necesario contar con un porcentaje determinado de pérdida de capacidad laboral para acceder a los beneficios de la Ley 361 de 1997, ciertamente se busca darle un sustento más objetivo a la adjudicación de sus prestaciones y garantías. **No obstante, al mismo tiempo se levanta una barrera también objetiva de acceso para quienes, teniendo una pérdida de capacidad relevante, no cuentan aún con una certificación institucional que lo establezca, o padeciendo una pérdida inferior a la estatuida en los reglamentos experimentan también una discriminación objetiva por sus condiciones de salud.** La concepción amplia del universo de destinatarios del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 busca efectivamente evitar que las personas sean tratadas solo como objetos y por esa vía son acreedores de estabilidad reforzada con respecto a sus condiciones contractuales, en la medida en que su rendimiento se ve disminuido por una enfermedad o limitación producto de un accidente.

5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. **En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo.¹ De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes.**

Por otra parte, se observa que, de hecho, **el memorial de terminación del vínculo contractual se le dio a conocer al peticionario cuando estaba dentro del término de una incapacidad originada en el accidente que sufrió. Conforme a los criterios unificados en esta providencia, el hecho de que se trate de un contrato de prestación de servicios o una relación laboral no es relevante, en cuanto a la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, ni lo es que el señor Ángel María Echavarría Oquendo carezca de una calificación de pérdida de capacidad laboral que determine que determine el grado de su situación de discapacidad. En sus condiciones de salud tiene derecho a la estabilidad ocupacional reforzada en virtud de la Constitución, y en concordancia con la Ley 361 de 1997.**

(...)

¹ La exigencia de autorización de la oficina de Trabajo para la terminación de contratos de prestación de servicios de personas en circunstancias de debilidad manifiesta se ajusta a las funciones previstas en la Ley 1610 de 2013 '*por la cual se regulan algunos aspectos sobre las inspecciones del trabajo y los acuerdos de formalización laboral*', y en la Constitución. La Ley 1610 de 2013 prevé que a los inspectores del trabajo y la seguridad social tienen la función de conocer "*de los asuntos individuales y colectivos del sector privado*", sin supeditarlas a las relaciones de trabajo dependiente (art 1). Además, dice que, en el desempeño de sus funciones, los inspectores se regirán por la Constitución Política y los Convenios Internacionales sobre Derecho del Trabajo (art 2). Por su parte, la Constitución establece que el trabajo "*en todas sus modalidades*" goza de la especial protección del Estado (art 25).

6.4. **Ahora bien, la estabilidad ocupacional reforzada significa que el actor tenía entonces derecho fundamental a no ser desvinculado sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo. No obstante, en este caso la compañía contratante Inciviles S.A. no solicitó la autorización referida. En eventos como este, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la pretermisión del trámite ante la autoridad del Trabajo acarrea la presunción de despido injusto.² Sin embargo, esta presunción se puede desvirtuar, incluso en el proceso de tutela, y por tanto lo que implica realmente es la inversión de la carga de la prueba. Está entonces en cabeza del empleador o contratante la carga de probar la justa causa para terminar la relación. Esta garantía se ha aplicado no solo a las relaciones de trabajo dependiente, sino también a los vínculos originados en contratos de prestación de servicios independientes.³ (...)”**

Tal y como se observa en la sentencia de unificación que estamos estudiando, la Corte Constitucional expresamente señala que una vez un trabajador o contratista contrae una enfermedad **cualquiera que sea**, o presenta por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, **que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, se encuentra amparado constitucionalmente por estar inmerso en una situación de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación.

Es por esto que se debe cumplir con un requisito *sine quanon* por parte de los empleadores o contratantes, el cual es contar, en estos casos, con una autorización expedida por la Dirección Territorial del domicilio de la empresa (oficina del Trabajo), en la cual se debe certificar por parte del empleador o contratante la justificación debidamente probada y con los soportes correspondientes que den fe de ello, para solicitar ante el Inspector de Trabajo la finalización del vínculo laboral o contractual según sea el caso. En caso de que el empleador o contratante no cuente con la autorización expedida por el Inspector de Trabajo, dicha terminación del vínculo laboral o contractual se entenderá ineficaz, pero además de la ineficacia de dicha terminación del vínculo contractual, el empleador o contratante se verá avocada al reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes y demás indemnizaciones que a criterio de un juez de la republica haya lugar.

² Sentencia T-1083 de 2007 (MP. Humberto Sierra Porto). Al conocer el caso de un trabajador en condiciones de debilidad manifiesta a quien su empleador desvinculó sin autorización de la Oficina del Trabajo, la Corte presumió la discriminación precisamente porque el trabajador fue desvinculado sin autorización de la oficina del trabajo, y como el empleador no la desvirtuó, le concedió la tutela al peticionario. En específico dijo: “si el juez constitucional logra establecer que el despido o la terminación del contrato de trabajo de una persona discapacitada se produjo sin previa autorización de la Oficina del Trabajo, deberá presumir que la causa de éste o ésta es la circunstancia de discapacidad que aquel padece y que bien puede haber sobrevenido como consecuencia de la labor desempeñada en desarrollo de la relación laboral. En consecuencia, el juez estará en la obligación de proteger los derechos fundamentales del peticionario, declarando la ineficacia del despido, obligando al empleador a reintegrarlo y de ser necesario reubicarlo, y en caso de no haberse verificado el pago de la indemnización prevista por el inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, deberá igualmente condenar al empleador al pago de la misma”.

³ Sentencia T-040 de 2016 (MP. Alejandro Linares Cantillo), citada. En el contexto de una estabilidad ocupacional reforzada, que se activó durante la ejecución de un contrato de prestación de servicios, la Corte señaló que era aplicable la presunción de despido injusto. Sentencia T-988 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa) también reconoció como pertinente esta presunción a un caso de la misma naturaleza.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CELEBRADO CON EL SECTOR PÚBLICO

Sea lo primero aclarar que la Oficina Asesora Jurídica, no es competente para absolver consultas relativas a contratos de prestación de servicios, por cuanto aquellos se encuentran regulados en normas del Código Civil y del Código de Comercio, **o la Ley 80 de 1993**, en donde las partes son Contratante – (pudiendo ser una Entidad pública o una Persona jurídica privada según sea el caso) y Contratista, quien se obliga a realizar determinada actividad de manera autónoma a favor del primero, quien a su vez se obliga a pagarle los honorarios pactados, tema que no es del manejo propio de este Ministerio.

Hecha la precisión anterior, el Contrato de Prestación de Servicios no pertenece al ámbito jurídico laboral sino que extralimita esta rama del derecho, por ello, no se rige por el Código Sustantivo del Trabajo sino por leyes comerciales, mercantiles **o de contratación estatal** según el caso.

Así las cosas, es preciso tener claridad que el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la autonomía e independencia del contratista en el ejercicio de sus labores, temporalidad de la vinculación, ausencia de subordinación, ausencia de horario o jornada de trabajo, posibilidad de prestar sus servicios incluso por fuera de las instalaciones propias del contratante, y facultad para utilizar sus propios instrumentos.

Esta modalidad contractual no se encuentra regulada en la legislación laboral, razón por la cual, entre el contratante y el contratista no existe un vínculo laboral sino una relación de orden civil, comercial o contratación estatal, por lo que **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 sólo tendrá derecho al pago de los honorarios, como la remuneración por los servicios prestados.

Esta modalidad contractual no se encuentra regulada en la legislación laboral tal y como se ha repetido en reiteradas ocasiones, razón por la cual, entre el contratante y el contratista no existe un vínculo laboral sino una relación de orden civil, comercial o contratación estatal, por lo que 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 sólo tendrá derecho al pago de los honorarios, como la remuneración por los servicios prestados.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que para el caso en concreto el contrato de prestación de servicios al que usted hace alusión en su consulta presuntamente es celebrado con una Entidad Pública, considera este despacho que sería **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE**, la competente para pronunciarse al respecto sobre la legislación aplicable a los contratos de prestación de servicios celebrados con el sector público, entidad **distinta e independiente del Ministerio de Trabajo**, razón por la cual, esta oficina se abstiene de pronunciarse sobre el particular.

Sin perjuicio del pronunciamiento que efectuaremos en los siguientes términos a título de orientación:

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR MATERNIDAD EN CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / PROCEDIBILIDAD DE SUSPENSIÓN

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 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”⁴, 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”⁵. 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.”⁶

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.⁷” (Subrayado y resaltado fuera de texto)

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

⁴ 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 el contencioso administrativas, a través de las cuales puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral”

⁵ Artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

⁶ Ver la sentencia T-1210 de 2008.

⁷ Ibid.

protege su gestación y su periodo de lactancia sin importar la relación laboral que se tenga o la modalidad del contrato que se suscriba.

SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR EMBARAZO

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*”, en concordancia con el artículo 8.1.7. Del Decreto Nacional 734 de 2012 que preceptúa: “*Los contratos estatales se sujetarán a la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007 y demás normas que las modifiquen, adicionen o deroguen, y en las materias no reguladas en dichas Leyes, a las disposiciones civiles y comerciales.*”

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.

Por otro lado, 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.

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, y claramente se deberán realizar los respectivos aportes **al Sistema de Seguridad Social Integral (Pensiones, Salud, y Riesgos Laborales)**, siendo **responsabilidad de la contratista** y deberá cotizarse de conformidad con lo previsto en la Circular 00001 del 6 de diciembre de 2004 expedida por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social. Sin olvidar que el cumplimiento de las obligaciones derivadas de contratos de prestación de servicios como lo es el pago de aportes a seguridad social integral, estará condicionada a la verificación por parte del contratante, conforme a la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional”.

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 tres meses después del vencimiento de dicha licencia.

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 dado por las empresas de salud.

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.

RECONOCIMIENTO DE LICENCIA DE MATERNIDAD O PATERNIDAD PARA LGTB

Frente a estos aspectos plasmados en su consulta en los numerales 3 y 4, nos permitimos informar que a la fecha no existe pronunciamiento alguno por parte de las Altas Cortes como tampoco se cuenta con reglamentación o legislación laboral al respecto, por lo que no es posible que esta oficina asesora jurídica se refiera al respecto.

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 del 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

Elaboró: Carolina M. 08/11/2017

Revisó: María T. Gil

Aprobó: Marisol P.

Ruta Electrónica: /C:\Users\Usuario\Desktop\MINTRABAJO 2017\NOVIEMBRE 2017\50753 LICENCIA DE MATERNIDAD O PATERNIDAD EN PAREJAS DEL MISMO SEXO ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA\11EE2017120000000050753 RP.docx