

MEMORANDO

11.2.2
Bogotá,

PARA: **HERBERTH JOAQUIN MATHEUS GOMEZ**
Gerencia Seccional Boyacá

DE: OFICINA ASESORA JURÍDICA

ASUNTO: Concepto Jurídico No.026-2020. Estabilidad Laboral u Ocupacional reforzada Mujer en estado de embarazo. Su memorando No.20203111792.

Apreciado doctor Matheus:

Para dar respuesta a la solicitud del asunto, recibida para trámite mediante memorando No. 17203100540 fechado el 20 de mayo de 2020, se emite el siguiente Concepto Jurídico.

I. TESIS CONCLUSIVA.

La mujer en estado de embarazo, trabajadora o contratista de una entidad pública o privada, por dicha circunstancia goza de una especial protección denominada por la jurisprudencia constitucional como "*Estabilidad Laboral Reforzada*", o en algunos casos, "Estabilidad Ocupacional Reforzada".

II. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Cuáles son las incidencias jurídicas para el contrato de prestación de servicios cuando una contratista demuestra estar en estado de embarazo?

III. NORMA(S) CONTROLANTE(S).

- Constitución Política, artículos 13, 43, 53.
- Código Sustantivo del Trabajo CST, artículo 239.
- Sentencia C-016 de 1998 de la Corte Constitucional.
- Sentencia T-174 de 2011 de la Corte Constitucional.
- Sentencias SU-070 y SU 071 de 2013 de la Corte Constitucional.
- Sentencia T-357 de 2016, la Corte Constitucional.
- Sentencia C-005 de 2017 de la Corte Constitucional.
- Sentencia Unificadora SU-049 de 2017 de la Corte Constitucional.

IV. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

Su consulta busca conocer las incidencias jurídicas en la ejecución del contrato de prestación de servicios de su Seccional, considerando el hecho de que su contratista se encuentra actualmente en estado de embarazo. Hace énfasis en conocer si tal situación **"no implica ninguna anormalidad en la ejecución del contrato"**.

Para empezar, resulta obligado indicar de manera categórica que el estado de embarazo de una mujer -trabajadora o contratista-, no tiene por qué implicar **"anormalidad en la ejecución"** de un contrato.

Más bien, la situación fáctica presentada nos obliga indefectiblemente a considerar aspectos trascendencia jurídica que este Instituto debe atender a través de los Supervisores de contrato y Gerentes Seccionales en general, esto es: (i) la Estabilidad en el Empleo y sus fueros, (ii) la Estabilidad Laboral Reforzada en el Contrato de Prestación de Servicios y (iii) la Suspensión del contrato de prestación de servicios en estabilidad laboral reforzada por embarazo.

1.- Estabilidad en el Empleo y sus fueros.

La estabilidad en el empleo es un principio propio del derecho al trabajo, según el cual, todo empleado debe gozar de una certeza mínima de que su contrato no será finalizado de **"manera abrupta y sorpresiva, de manera que no esté expuesto en forma permanente a perder su trabajo y con él los ingresos que permiten su propio sustento y el de su familia"** (Sentencia C-016 de 1998 de la Corte Constitucional).

A pesar de lo anterior, existen determinadas causas que permiten terminar la relación laboral legalmente, por ejemplo, las **"justas causas de terminación del contrato"** y la **"terminación unilateral del contrato sin justa causa"**, previstas para el sector privado, y la **"insubsistencia"** para el sector público.

En el sector privado, existen determinadas situaciones en las cuales no es posible para el empleador terminar el contrato de trabajo a pesar de que exista una causa legal o se pague el valor de la indemnización de ley. Estas situaciones ocurren cuando una persona se encuentra en una condición de especial protección legal o constitucional, denominadas "fueros de estabilidad laboral reforzada".

Tales fueros son los siguientes: fuero de maternidad, fuero de la pareja de mujer embarazada o en periodo de lactancia, derecho a la estabilidad ocupacional reforzada también denominado fuero de salud, fuero de acoso laboral, fuero de empleado próximo a pensionarse (pre-pensionados) y fuero sindical.

Dichos fueros son aplicables a los empleadores y empleados del sector privado, sin embargo, la Corte Constitucional poco a poco ha venido extendiéndolos al sector público e incluso a los

contratistas independientes de ambos sectores.

2.- Estabilidad laboral reforzada por maternidad en contratos de prestación de servicios.

La licencia de maternidad es una prestación que se concede a la madre vinculada mediante contrato de trabajo, que ha dado a luz a su hijo, consistente en el disfrute de un descanso de 18 semanas, remunerado de acuerdo al último salario (Ingreso base de Cotización - IBC) por el cual haya cotizado 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.

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. Pese a que en los contratos de prestación de servicios no se genera una relación laboral de subordinación, si se producen dichos efectos, ya que lo que se busca es relieves los artículos 53 y 43 de la Constitución Política de Colombia.

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 virtud de este fuero, el empleador o contratante no podrá desvincular unilateralmente a 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.

3.- Suspensión del contrato de prestación de servicios en estabilidad laboral reforzada por embarazo.

El ordenamiento jurídico no prevé el evento de si la contratista puede o no recibir pago de la prestación económica por parte de las Entidades Promotoras de Salud EPS, y al mismo tiempo recibir el pago de honorarios derivado del contrato de prestación de servicios. Ante estas circunstancias se deben resolver dos supuestos fácticos: (i) que se realice una suspensión del contrato o (ii) que las partes no acuerden realizar dicha suspensión.

Frente al primer supuesto, pese a que la legislación de contratación estatal no contempló las causales de suspensión del contrato de prestación de servicios celebrado con una entidad pública,

por virtud de la licencia de maternidad de la contratista, ello no quiere significar que esté prohibida. Aquí resulta aplicable el principio liberal según el cual todo lo que no está prohibido, está permitido.

Por tanto, las partes contratantes podrán convenir la suspensión del contrato de prestación de servicios profesionales, fijando las reglas por las cuales procederá la misma, considerando lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 8.1.7 del Decreto 734 de 2012.

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) señaló:

"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."

Por lo tanto, no existirá impedimento legal que deslegitime la decisión de suspensión del contrato de prestación de servicios, si con ello se busca el disfrute del periodo de la licencia de maternidad por parte de la contratista.

Con relación al segundo supuesto fáctico, y las partes contratantes 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 por parte del contratante por cuanto el objeto del mismo está siendo ejecutado, y la contratista deberá realizar los respectivos aportes al Sistema de Seguridad Social Integral (Pensiones, Salud, y Riesgos Laborales).

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.

En resumen, el fuero de estabilidad laboral reforzada es aplicable a las mujeres gestantes y lactantes contratistas de una entidad pública o privada. Dicho fuero impide la terminación de sus contratos durante el periodo de gestación, de licencia de maternidad y tres meses después del vencimiento de dicha licencia.

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.

V. CONCLUSIÓN FINAL.

El estado de embarazo de una mujer -trabajadora o contratista-, no tiene por qué implicar "anormalidad en la ejecución" de un contrato.

Más bien, lo que debe tenerse en cuenta con mucho más cuidado por parte de los supervisores de contratos y gerentes en general, es que la mujer en estado de embarazo, trabajadora o contratista de una entidad pública o privada, por dicha circunstancia goza de una especial protección denominada por la jurisprudencia constitucional como "**Estabilidad Laboral Reforzada**".

Dicho fuero impide la terminación de sus contratos durante el periodo de gestación, de licencia de maternidad y tres meses después del vencimiento de dicha licencia, de conformidad con lo señalado en este documento.

En los anteriores términos, procedo a dar una respuesta de fondo a su solicitud, indicando que la misma se surte bajo los parámetros del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente,

JUAN FERNANDO ROA ORTIZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

Respuesta a: Radicación No. 17203100540 del: 20/05/2020
C.C.: Linda Luz Evelyne Barbosa Diaz / Oficina Asesora Jurídica
Elaboró: Wilman Arbey Moncayo Arcos