

DIRECTIVA 013 DE 2018

(Abril 27)

Para: SECRETARIOS (AS) DE DESPACHO, DIRECTORES (AS) DE DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS, GERENTES (AS), PRESIDENTES (AS) Y DIRECTORES (AS) DE ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS, UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES, EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL DISTRITO, SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA, SOCIEDADES ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS, EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS, EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO, ALCALDES/AS LOCALES, Y RECTOR DEL ENTE UNIVERSITARIO AUTÓNOMO.

De: SECRETARÍA JURÍDICA DISTRITAL

Asunto: PROTECCIÓN DE LA MUJER EMBARAZADA EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

La Secretaría Jurídica Distrital en el marco de su objeto y funciones establecidas en el Decreto Distrital No. [323](#) de 2016, y con el fin de propender por el cumplimiento de lo establecido y ampliamente desarrollado en la Constitución, la ley y demás disposiciones legales, se permite recordar a las entidades y organismos del Distrito Capital, que el amparo a la estabilidad reforzada es un derecho de naturaleza constitucional que surge de la aplicación directa de los artículos [11](#), [13](#), [25](#), [43](#), [44](#), [47](#) y [54](#) de la Constitución política y de los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Por lo anterior, el artículo [43](#) de la Carta Política establece que *“La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”*.

Adicionalmente, el artículo 95, numeral [2](#) ibídem indica: *“La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. (...)”*

2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”

La Corte Constitucional frente al mencionado principio hizo hincapié sobre los sujetos de especial protección al indicar que *“[E]l principio de solidaridad genera obligaciones impuestas directamente por la Constitución frente a grupos vulnerables*

que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.” (Sentencia T- 988-2012. M.P.Dra. María Victoria Calle)

Ahora bien, los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión están definidos en el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 2.2.1.2.1.4.9. del Decreto 1082 de 2015, en los siguientes términos: “*Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.*”

El Consejo de Estado en sentencia de radicación No. 110010326000201100039 00 (41719) de dos (2) de diciembre de dos mil trece (2013), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, indicó:

*Se puede afirmar, sin lugar a mayor dubitación, que la realidad material de las expresiones legales “...**para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión...**” engloba necesariamente una misma sustancia jurídica: la del contrato de prestación de servicios definido en el artículo 32 No3 de la ley 80 de 1993 y que no es otro que aquel que tiene por objeto apoyar la gestión de la entidad requirente en relación con su funcionamiento o el desarrollo de actividades relacionadas con la administración de la misma,¹ que en esencia no implican en manera alguna el ejercicio de funciones públicas administrativas².*

94.- En realidad se trata de contratos a través de los cuales, de una u otra manera, se fortalece la gestión administrativa y el funcionamiento de las entidades públicas, dando el soporte o el acompañamiento necesario y requerido para el cumplimiento de sus propósitos y finalidades cuando estas por sí solas, y a través de sus medios y mecanismos ordinarios, no los pueden satisfacer; o la complejidad de las actividades administrativas o del funcionamiento de la entidad pública son de características tan especiales, o de una complejidad tal, que reclaman conocimientos especializados que no se pueden obtener por los medios y mecanismos normales que la ley le concede a las entidades estatales”.

En este sentido, el vínculo que surge entre contratante y contratista no es susceptible de enmarcarse como una relación de carácter laboral.

De otro lado, esta Secretaría ha revisado diversos pronunciamientos judiciales referentes al objeto de la presente Directiva, en especial la Sentencia de Unificación SU – 070 de 2013 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Alexei Julio Estrada, en la cual se estableció entre otras:

“La protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento

constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos [11](#) y [44](#) de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es.

(...)

En lo relacionado con la aplicación de la protección propia de las relaciones laborales que surgen de un contrato de trabajo, a categorías o alternativas laborales distintas en las que la regulación laboral dispone la forma de terminación del vínculo, la Corte ha concentrado su análisis en las posibilidades prácticas que ofrece cada una de esas alternativas laborales, según su regulación específica, a fin de definir en qué medida resulta viable garantizar a la mujer gestante, la continuidad en su actividad laboral. Es decir, la jurisprudencia ha estudiado cuál sería la medida razonable para que una mujer embarazada, que ha suscrito un contrato de cooperativismo o de prestación de servicios, conserve su alternativa laboral, así como también ha analizado la interpretación constitucional de las causales de terminación propias de vínculos laborales sustentados en contratos de obra o labor o a término fijo.

(...)

[!]la Corte reitera que deberá entenderse que las reglas derivadas de la protección constitucional reforzada a la mujer embarazada y lactante que han sido definidas en estas consideraciones, **se extienden por el término del periodo de gestación y la licencia de maternidad**, es decir, los tres meses posteriores al parto³.” (Negrillas y subrayado fuera de texto)

Así mismo, la Corte ha reiterado la protección a las mujeres en estado de embarazo que se encuentran ejecutando actividades en virtud de un contrato de prestación de servicios, sin que necesariamente se deba inferir la existencia de un contrato realidad, señalando lo siguiente:

“Tal estabilidad se predica también para los contratos de prestación de servicios, en los cuales a pesar de conocerse que su naturaleza no genera una relación laboral de subordinación, se debe aplicar el criterio establecido por la jurisprudencia mediante el cual se ha dicho para los contratos a término fijo que el solo vencimiento del plazo o del objeto pactado, no basta para no renovar un contrato de una mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta los principios de estabilidad laboral y primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por las partes del contrato laboral; tal figura se aplica siempre que (i) al momento de la finalización del plazo inicialmente pactado subsistan la materia de trabajo y las causas que originaron el contrato (ii) y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, por lo que se le deberá garantizar su renovación”⁴.

“De este modo, en consideración de que las alternativas laborales protegidas por la Constitución no se circunscriben únicamente a la relación laboral sino también a otras opciones de subsistencia como el contrato de prestación de servicios, de cooperativismo, de servicios temporales, entre otros, entonces resulta procedente la aplicación de las medidas propias de estabilidad en relaciones laborales, a alternativas laborales sustentadas en relaciones contractuales distintas al contrato de trabajo”⁵.

Como ya se enunció, en un contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión no existe relación laboral entre contratante y contratista.

En este orden de ideas, es necesario analizar diferentes variables que permitan garantizar los derechos de las mujeres embarazadas vinculadas mediante contratos de prestación de servicios y adoptar las medidas afirmativas para el caso.

Por lo anteriormente expuesto, se presentan los siguientes lineamientos frente a la protección de la mujer gestante en un contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión:

1. En el evento en que el contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión se encuentre en ejecución y la entidad u organismo distrital conoce⁶o evidencia que la contratista está en embarazo, la misma procurará la estabilidad reforzada de la mujer gestante, así:

1.1. Si el contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión se encuentra próximo a vencer, la entidad u organismo distrital podrá realizar alguna de las siguientes actuaciones:

a) Prorrogar y adicionar el contrato: Para lo cual analizará si en la entidad u organismo persiste la necesidad de la prestación del servicio que se viene desarrollando, caso en el cual propenderá por dar prelación a la continuidad del vínculo contractual con la prestadora de servicios gestante, mediante la prórroga y adición del contrato, con la debida motivación y sustentación;

b) Celebrar un nuevo contrato: En el caso en que se evidencie que en la entidad u organismo persiste la necesidad de la prestación del servicio que se viene desarrollando y no sea viable prorrogar y adicionar el contrato de prestación de servicios, la entidad evaluará la posibilidad de celebrar uno nuevo;

c) Terminación del vínculo contractual: Frente a la terminación del vínculo contractual no bastará únicamente con verificar el vencimiento del plazo contractual, sino que deberá tener en cuenta sus características especiales v.gr. falta de necesidad al interior de la entidad o área; insuficiencia de presupuesto, insubsistencia del objeto para el cual se celebró el contrato; cesación de las causas que originaron la contratación o cualquier otra causa objetiva; las cuales deberán ser analizadas y sustentadas por la entidad u organismo en escrito que deberá reposar en el expediente del contrato. Adicionalmente, se deberá hacer

mención expresa que el motivo de terminación no fue la condición de madre gestante.

En los casos planteados en los literales a) y b) y con el fin de dar aplicación a la estabilidad reforzada de la mujer gestante, la entidad u organismo distrital propenderá que el plazo de prórroga o del nuevo contrato sea razonable a efectos de garantizar la protección mencionada atendiendo de igual forma a la necesidad de prestación del servicio.

En estos mismos casos, se sugiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) Al momento de su materialización, la contratista gestante haya cumplido satisfactoriamente con sus obligaciones; ii) El objeto del contrato permita la ejecución del mismo durante el periodo de gestación y/o de licencia de maternidad; iii) Se cuente con la disponibilidad presupuestal correspondiente y iv) No exista personal del organismo o entidad que pueda satisfacer dicha necesidad.

1.2. Si el plazo del contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, comprende todo el periodo de gestación:

a) Continuar con la ejecución contractual: Para lo cual se revisará si el objeto del contrato permite la ejecución del mismo en licencia de maternidad y esto no interfiere con las necesidades de la entidad u organismo, en este caso, el supervisor evaluará dicha situación y de considerarlo pertinente acordará con la contratista un plan de trabajo de tal forma que asegure el cumplimiento de los fines contractuales y las metas de la entidad.

b) Suspender el contrato: En el evento en que el objeto del contrato no permita la ejecución del mismo durante la licencia de maternidad en razón a las circunstancias específicas de cada caso en concreto, el supervisor del contrato deberá evaluar dicha situación y someterla a consideración de la contratista, para que de común acuerdo se suspenda el contrato por el plazo que se considere razonable a efectos de reanudar la ejecución contractual⁷.

2. Si el plazo del contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión ha finalizado y la entidad u organismo conoce o advierte con posterioridad a dicha terminación que la ex contratista se encontraba en estado de gestación, se puede considerar que no le asiste responsabilidad alguna, toda vez que el contrato se suscribió con un objeto y finalidad definida y por un plazo o término perentorio, expirado el cual, dicha relación se extingue.

3. Es importante recordar que el pago de la licencia de maternidad en un contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión es asumido por la Entidad Prestadora de Salud – EPS a la que está afiliada y a la cual ha realizado los aportes mensuales, los cuales debieron haber sido verificados por la entidad u organismo al momento de realizar el pago de honorarios acordados⁸.

4. Finalmente, es pertinente advertir que se expidió la Ley [1822](#) de 2017⁹ y tal como se informó en la Circular 014 de 2017¹⁰ de la Secretaría General, la licencia de maternidad pasa de 14 a 18 semanas y, adicionalmente, se establecieron medidas que promueven la adecuada atención y cuidado de la primera infancia.

Atentamente,

DALILA ASTRID HERNÁNDEZ CORZO

Secretaria Jurídica Distrital

NOTAS DE PIE DE PÁGINA.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Rad. 24.715 y otros Acu. Cp.- Ruth Stella Correa Palacio. “...Sobre el particular, sea lo primero destacar que el contrato de prestación de servicios nació del contrato de arrendamiento o locatio, que tenía como modalidades de ejecución las obras (locatio operis), el transporte (locatio conductio), o los servicios personales (locatio operarum). Figura esta última que se generalizó para dar paso a la concepción actual de este negocio jurídico, al cual el Estado moderno ha recurrido, para cumplir las múltiples y crecientes funciones a su cargo y ante precisos requerimientos de conocimiento profesional, técnico o científico o por insuficiencia del personal vinculado a su planta de personal a través de un acto condición (funcionarios) o mediante contrato de trabajo (trabajadores oficiales). De ahí que, la necesidad de servicios para su funcionamiento o para el cumplimiento de actividades dirigidas a la sociedad, ha dado lugar a contratarlos con personas naturales o jurídicas externas, no vinculadas como servidores o funcionarios de la Administración, a través de contratos de prestación de servicios...”

² Los contratos de prestación de servicios no constituyen los instrumentos jurídicos para la asignación de funciones públicas administrativas a los particulares. Al respecto debemos recordar que en los términos del inciso 2, del artículo 210 constitucional, “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley...”. Es la ley en consecuencia y no el contrato la que determina las bases que permiten el ejercicio de funciones públicas administrativas por los particulares. La ley 489 de 1998 a partir de su artículo 110 desarrolla el mandato constitucional en cuestión. Véase Corte Constitucional. Sentencia C-866 de 1999.

³ Este término fue modificado mediante el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017 *“Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”*, extendiéndolo a 18 semanas.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-886/11. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva

⁵ Corte Constitucional Sentencia de Unificación SU – 070 de 2013 de la Corte Constitucional, M.P. Alexei Julio Estrada

⁶ El conocimiento del embarazo de la contratista, no exige mayores formalidades. Este puede darse además de notificación directa, por hecho notorio o por la noticia de un tercero.

⁷ El Consejo de Estado ha precisado que la suspensión del contrato procede cuando haya sido pactada entre las partes suscribientes como una medida excepcional que reconoce la ocurrencia de la *“situación de fuerza mayor o caso fortuito”* que impide la ejecución temporal del contrato. Adicionalmente, la suspensión no podrá ser indefinida y debe estar sujeta al vencimiento de un término o cumplimiento de una condición. C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 52001-23-31-000-1996-07799-01(17434)

⁸ Mediante Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de la Subsección B, del 12 de marzo del 2018, M.P. Fredy Ibarra Martínez, se ordenó al Gobierno Nacional, que para el presente asunto se encuentra conformado por el Presidente de la República y los ministros de Salud y Protección Social, Hacienda y Crédito Público, y del Trabajo, que dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia expida la correspondiente reglamentación del inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, el cual indica: “(...) *Los contratantes públicos y privados deberán efectuar directamente la retención de la cotización de los contratistas, a partir de la fecha y en la forma que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.*”

⁹ *Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.*

¹⁰ Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=68423>

Proyectó: Mónica María Cabra Bautista - Contratista - Dirección Distrital Política e Informática Jurídica
Diana María Moreno Vargas – Profesional - Dirección Distrital Política e Informática Jurídica
Rubén Darío Gallego González - Profesional Especializado - Subsecretaría Jurídica Distrital
Revisó: Gloria Edith Martínez Sierra - Directora - Dirección Distrital Política e Informática Jurídica
Pedro Cuellar Trujillo – Asesor - Despacho Secretaría Jurídica Distrital
Aprobó: William Antonio Burgos Durango - Subsecretario Jurídico Distrital - Subsecretaría Jurídica Distrital