

## CUESTIONARIO MUJERES EMBARAZADAS

- **Si una mujer que trabaja como contratista queda embarazada, ¿qué pasa con su contrato?**

La figura de la “estabilidad laboral reforzada” ampara a mujeres embarazadas y en estado de lactancia, trabajadores con fuero sindical y personas con discapacidad. La estabilidad laboral reforzada por maternidad es una protección constitucional, y por ello, es deber del empleador y de las Autoridades tanto Administrativas, como Judiciales, proteger a las mujeres embarazadas y en estado de lactancia, para quienes la Constitución Política, norma de normas, en su artículo 25, protege el derecho fundamental al trabajo, en el artículo 43 consagra la protección a la mujer en gestación, al señalar que durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado y en el artículo 53 establece como principio mínimo fundamental del derecho laboral la protección especial a la maternidad.

Ahora bien, cuando una persona es vinculada mediante contrato de prestación de servicios, su vínculo contractual no se rigen por la legislación laboral colombiana, dado que esta no define ni reglamenta los contratos de prestación de servicios, ya que éstos se encuentra regulados por las disposiciones comerciales o civiles, cuando se suscriben con personas de derecho privado, bien sean naturales o jurídicas o por la Ley 80 de 1993 respecto a contratos de prestación de servicios celebrados con entidades estatales.

En este sentido, debe tenerse presente que entre el contratante y el contratista no existe ningún vínculo laboral sino una relación de orden civil o comercial, y, por tanto, no se generan las prestaciones sociales 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.

La licencia de maternidad de mujeres vinculadas con contratos de prestación de servicios no está regulado por el ordenamiento jurídico colombiano, por lo cual al existir un vacío normativo, se hace necesario acudir a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, quien sobre la protección a la maternidad de aquellas personas vinculadas mediante contratos de prestación de servicios, 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

La Sentencia SU-070 de 2013 unificó la jurisprudencia en relación con la protección del embarazo y la maternidad derivada de la estabilidad laboral reforzada. En dicha providencia, la Corte Constitucional respecto del contrato de prestación de servicios estableció:



*“(…) 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 contenciosas administrativas, a través de las cuales [se] puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral”, 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.*

*Bajo esta lógica, deberá verificarse la estructuración material de los elementos fundamentales de un contrato de trabajo, “independientemente de la vinculación o denominación que el empleador adopte para el tipo de contrato que suscriba con el trabajador”. (...) Por lo tanto, si el juez de tutela concluye la concurrencia de estos tres elementos en una vinculación mediante contrato de prestación de servicios de una trabajadora gestante o lactante, podrá concluirse que se está en presencia de un verdadero contrato de trabajo.*

*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”. 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.”.*

*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 características 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.(…)”*

De acuerdo con la Sentencia SU-070 de 2013, en relación con el contrato de prestación de servicios, el juez debe analizar las circunstancias del caso concreto para determinar si con el vínculo contractual se encubre la existencia de una verdadera relación laboral, para lo cual, el juez

constitucional se encuentra facultado para verificar la existencia de los elementos esenciales de la relación de trabajo.

En consecuencia, a la trabajadora gestante o lactante vinculada mediante un contrato de prestación de servicios que logre demostrar la existencia de un contrato realidad, se le aplicaran las reglas de los contratos a término fijo.

Ahora bien, sobre el contrato de prestación de servicios de una contratista en estado de gravidez, nos remitimos a lo indicado en el Concepto Jurídico sobre Licencia de Maternidad en Contratista, Rad 08SE2017120300000029876 del 16 de noviembre de 2017, emitido por la Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica del Ministerio del Trabajo, en el cual se indicó:

*“(..) 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. (...)”. SIC*

- **¿Puede seguir trabajando?**

De acuerdo con lo indicado en el Concepto Jurídico sobre Licencia de Maternidad en Contratista, Rad 08SE2017120300000029876 del 16 de noviembre de 2017, emitido por la Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica del Ministerio del Trabajo:

*“(...) 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. (...)”.*

- **¿Qué sucede si debe estar en casa porque es un embarazo de alto riesgo?**

Nos remitimos a lo indicado en el Concepto Jurídico sobre Licencia de Maternidad en Contratista, Rad 08SE2017120300000029876 del 16 de noviembre de 2017, emitido por la Coordinadora del

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

*“(..) 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. (...)”*

- **¿La entidad pública y/o privada le puede cancelar o suspender el contrato?**

Sobre terminación o suspensión del contrato de una contratista en estado de gravidez, nos remitimos a lo indicado en el Concepto Jurídico sobre Licencia de Maternidad en Contratista, Rad 08SE2017120300000029876 del 16 de noviembre de 2017, emitido por la Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica del Ministerio del Trabajo, en el cual se indicó:

*“(..) 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 (...).*

*(...)*

*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 (...).”*

De otra parte, mediante Sentencia SU-075 del 2018, la Corte Constitucional modificó el precedente jurisprudencial relacionado con los deberes del empleador cuando se termina la relación laboral sin conocer el estado de embarazo de la trabajadora y señaló que cuando el empleador desconoce el embarazo y el contrato laboral termina no se puede alegar que existe discriminación y, por ende, no se aplica el fuero de maternidad.

- **¿A qué están obligadas las empresas con las mujeres contratistas embarazadas?**

El contratante no puede terminar unilateralmente el contrato a ninguna contratista que se encuentre en estado de embarazo o periodo de lactancia, ni siquiera argumentado el vencimiento del término pactado, sin previa autorización por parte del Inspector del Trabajo para tal fin, pues como lo dijo la Corte Constitucional, 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.

El contratante está obligado a renovar el contrato siempre que se constate que: i) persiste la necesidad institucional de contar con esos servicios y ii) que la contratista gestante ha cumplido cabalmente sus obligaciones.

- **¿Qué pasa durante el tiempo de licencia de maternidad estimada en Colombia, así en un contrato de prestación de servicios no esté contemplada esta figura?**

De acuerdo con lo indicado en el Concepto Jurídico sobre Licencia de Maternidad en Contratista, Rad 08SE2017120300000029876 del 16 de noviembre de 2017, emitido por la Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica del Ministerio del Trabajo:

*“(..) 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 (...)”*

- **¿La entidad pública está en obligación de renovar el contrato? Si es así, ¿por cuánto tiempo y en qué condiciones?**

En el evento que se termine el plazo de ejecución del contrato de prestación de servicios profesionales y la contratista ha manifestado en cualquier momento o por cualquier medio su estado de embarazo, la entidad debe aplicar lo señalado en la sentencia de Unificación de la Corte Constitucional SU 070 y 071 de 2013 las cuales expresan los siguiente:

- a. *“(...) 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 (...)”*
- b. *“(...) 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 conste que: i) Persiste la necesidad institucional de contar con esos servicios y ii) que la contratista gestante ha cumplido cabalmente sus obligaciones” (...)” Subrayado fuera de texto.*

En este orden de ideas, de acuerdo con lo manifestado por la Corte Constitucional, la Entidad deberá renovar el contrato de prestación de servicios de la contratista en estado de embarazo siempre y cuando se cumpla con los dos requisitos mencionados. Se deberá renovar el contrato de prestación de servicio, mínimo hasta el vencimiento del período de lactancia.

- **Si la mujer se incapacita durante el embarazo, ¿qué consecuencias puede tener como contratista? ¿Le pueden dejar de pagar?**

Sobre la incapacidad de la contratista en estado de gravidez, nos remitimos a lo indicado en el Concepto Jurídico sobre Licencia de Maternidad en Contratista, Rad 08SE2017120300000029876

del 16 de noviembre de 2017, emitido por la Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica del Ministerio del Trabajo, en el cual se indicó

*“(..) 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. (..)”*

Como se ha reiterado, las partes pueden acordar la suspensión del contrato o pueden acordar no suspender el contrato de prestación de servicios, en cuyo caso, si la contratista acredita el cumplimiento de las actividades contratadas, habrá lugar al pago de honorarios, por cuanto el objeto del mismo está siendo ejecutado.

- **¿La entidad pública le puede acabar el contrato a la contratista sin derecho a pagarle todo el valor del contrato? ¿Hay lugar a una indemnización de algún tipo?**

Sobre terminación o suspensión del contrato de una contratista en estado de gravidez, nos remitimos a lo indicado en el Concepto Jurídico sobre Licencia de Maternidad en Contratista, Rad 08SE2017120300000029876 del 16 de noviembre de 2017, emitido por la Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica del Ministerio del Trabajo, en el cual se indicó:

*“(..) 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 (...).*

- **En periodo de lactancia, es decir después de la licencia por maternidad, ¿Una contratista embarazada puede ser despedida a pesar de ser madre cabeza de hogar? ¿A qué multas o sanciones se puede enfrentar una entidad pública en estos casos?**

Sobre terminación o suspensión del contrato de una contratista en estado de lactancia, nos remitimos a lo indicado en el Concepto Jurídico sobre Licencia de Maternidad en Contratista, Rad 08SE2017120300000029876 del 16 de noviembre de 2017, emitido por la Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica del Ministerio del Trabajo, en el cual se indicó:

*“(..) 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 (...).*

Igualmente, en la sentencia T-350 de 2016, la Corte dispuso que las mujeres en embarazo o en lactancia que desarrollen sus labores bajo la modalidad de prestación de servicios, no pueden ser despedidas tras el argumento que el plazo llegó a su fin, toda vez que el empleador debe demostrar que no subsiste el objeto para el cual se suscribió el contrato, y que las causas que originaron la contratación desaparecieron:

*“En todo caso, la Sala considera que en el evento en que el objeto de la prestación de servicios no desaparezca, debe entenderse que la madre gestante o en periodo de lactancia tiene derecho al pago de honorarios desde el momento mismo de la renovación de contratos, o la firma de otros distintos que encubren la continuidad en el desarrollo del mismo”*

- **¿La mujer contratista acusaría al jefe o a la entidad de los posibles abusos?**

La trabajadora gestante o lactante vinculada mediante un contrato de prestación de servicios, podrá acudir ante la justicia ordinaria, ante el juez constitucional para se determine si el contratante incumplió las normas de protección especial de la maternidad.

Finalmente como lo indica la Corte Constitucional en Sentencia T-030/18, el ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, han desarrollado medidas tendientes a impedir la discriminación de la mujer en embarazo o la lactancia, ante la terminación, despido, o no renovación del contrato de trabajo, como consecuencia del estado de gestación, tales medidas tienen como fin otorgarle a la mujer madre, herramientas para la protección de su derecho a la estabilidad laboral reforzada, como una vía para asegurarle los ingresos económicos que le garanticen condiciones de vida dignas a ella y al que está por nacer o recién ha nacido.

Cuestionario para [elempleo.com](http://elempleo.com)