



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

MEMORANDO

RADICACIÓN CORRESPONDENCIA INTERNA	
	I-2018-34665
Fecha	01/06/2018
No. Referencia	

DE: **JENNY ADRIANA BRETÓN VARGAS**
Jefe Oficina Asesora Jurídica

PARA: **EDWIN GIOVANNY RODRÍGUEZ GARCÍA**
Director de Bienestar Estudiantil

ASUNTO: Concepto sobre si procede la suspensión de contratos de prestación de servicios de mujeres en gestión durante la licencia de maternidad

REFERENCIA: I-2018-31146 del 18/05/2018

De conformidad con su solicitud del asunto, elevada mediante el radicado de la referencia, esta Oficina Asesora Jurídica procederá a emitir concepto, de acuerdo a sus funciones establecidas los literales A y B¹ del artículo 8 del Decreto Distrital 330 de 2008, y en los términos del artículo 28 del CPACA, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, según el cual, por regla general, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

1. Consulta jurídica.

Previamente, le precisamos que esta Oficina Asesora Jurídica (OAJ) no resuelve casos concretos, por ende, no define derechos, no asigna obligaciones y tampoco establece responsabilidades; sino que emite conceptos jurídicos, entendidos como respuestas a consultas claras, concretas y precisas en forma de pregunta sobre un punto materia de cuestionamiento, duda o desacuerdo que ofrezca la interpretación, alcance y/o aplicación de una norma jurídica o la resolución de una situación fáctica genérica relacionada con el sector educativo.

Bajo ese entendido, sus consultas han sido sintetizadas así:

¿La mujer gestante o lactante vinculada mediante contrato de prestación de servicios profesionales puede continuar con la ejecución del mismo durante el periodo de licencia de maternidad?

A continuación, daremos unas orientaciones jurídicas generales respecto a las normas que regulan los asuntos consultados, las cuales usted como interesado podrá aplicar, de acuerdo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar de su caso concreto.

¹ "Artículo 8º Oficina Asesora de Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora de Jurídica las siguientes:

A. Asesorar y apoyar en materia jurídica al Despacho del Secretario y demás dependencias de la SED.

B. Conceptuar sobre los asuntos de carácter jurídico que le sean consultados por las dependencias de la SED y apoyarlas en la resolución de recursos."

2. Marco jurídico.

2.1. Constitución Política de Colombia de 1991.

2.2. Ley 80 de 1993: "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública."

2.3. Ley 100 de 1993: "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones."

2.4. 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."

2.5. Decreto Nacional 780 de 2016: "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social."

3. Análisis jurídico.

3.1. Suspensión de los contratos estatales.

La suspensión temporal de los contratos estatales es una figura que eventualmente se presenta durante su ejecución, en la cual no se contabiliza el plazo contractual, y cuyo fundamento son situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o interés público que impidan continuar con el cumplimiento de las obligaciones.

De acuerdo con los pronunciamientos del Consejo de Estado, la suspensión de contratos estatales es de carácter bilateral, más no una facultad exorbitante o prerrogativa unilateral de las entidades estatales:

EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Suspensión temporal del cumplimiento de las obligaciones / SUSPENSIÓN – carácter total o parcial. Concepto / SUSPENSIÓN ACORDADA POR LAS PARTES DEL CONTRATO ESTATAL – Fundamento legal

En la vida de los contratos administrativos surgen comúnmente imprevistos, en ocasiones ínsitos en el diseño del contrato, que generan interrupciones o alteraciones de la relación contractual en su concepción originaria y desvían el negocio jurídico de la trayectoria inicialmente prevista. Una de las contingencias más frecuentes del contrato estatal es la suspensión de los efectos en su ejecución. Sin embargo pese a la importancia del tema y a la periodicidad con que se plantea, hay que señalar que el asunto no está considerado en la ley, ni ha sido suficientemente destacado o estudiado por la doctrina. En la jurisprudencia se hace referencia a esta cuestión, a lo sumo, en relación con los perjuicios que pueda llevar eventualmente aparejada la suspensión temporal cuando es acordada por las partes. (...) Advierte la Sala previamente, que la figura de la suspensión en la contratación estatal no es estática ni uniforme en su definición y eficacia. Antes bien, tiene alcance y produce efectos distintos: (i) en función del momento en el que se produce (durante el proceso de selección del contratista, o bien durante la ejecución del contrato); o (ii) por las causas que la originen (fuerza mayor, caso



fortuito o en procura del interés público), o (iii) en función de ser imputable a los incumplimientos de las partes, o necesaria ante una modificación del contrato, o (iv) por la forma en que ocurre, se acuerde o consigne su ocurrencia (mediante cláusula contractual, por acta acordada entre las partes por razones de interés público, o de facto, ante situaciones de fuerza mayor o caso fortuito), o (v) por sus efectos en el tiempo (transitoria o “indefinida”) y, (vi) por la magnitud de la afectación en el cumplimiento de las obligaciones del contrato (parcial o total). (...) Sea pues lo primero advertir que, en estricto sentido, el contrato no cesa con la suspensión sino que sigue vigente, en estado potencial o de latencia, pues mientras la terminación de un contrato afecta como es obvio su subsistencia misma, la suspensión afecta las obligaciones que a las partes les resulta temporalmente imposible de cumplir. Una vez se ha aclarado que la suspensión no perturba el vínculo contractual sino solamente las obligaciones que de él emanan, también debe señalarse que dependiendo de la magnitud de la causa que la origine puede ser total o parcial. Es decir, puede imposibilitar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones de las partes o, puede impedir a los contratantes honrar solo algunas de estas pudiendo continuar con la ejecución de las demás. (...) Así las cosas, la suspensión materialmente constituye un intervalo pasivo en la dinámica del contrato cuando el cumplimiento de una, de varias o de todas las obligaciones a que están obligadas las partes resultan imposibles de ejecutar. Por otra parte, la jurisprudencia ha reconocido la eficacia, existencia y validez de la suspensión en el negocio jurídico cuando las partes la utilizan como una medida excepcional y temporal encaminada a reconocer las situaciones de fuerza mayor, de caso fortuito o de procura del interés público -que de forma suficiente y justificada le dan fundamento-, y hacen constar esas circunstancias y sus efectos por escrito con la finalidad de salvaguardar la continuidad de la relación contractual. Debe advertirse que actualmente la “suspensión temporal de los contratos estatales” no está expresamente regulada. Lo estuvo en vigencia del anterior Estatuto de Contratación Estatal, artículo 57, Decreto Ley 222 de 1983 derogado por la Ley 80 de 1993. (...) A pesar de que las normas que desplazaron el Decreto Ley 222 de 1983 no reprodujeron o sustituyeron la disposición transcrita, las exigencias en la práctica cotidiana de la ejecución de los contratos y la ausencia de una regla general han supuesto un incentivo para el desarrollo convencional de cláusulas en las que las partes prevén que, cuando en la ejecución del contrato llegaren a sobrevenir situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o necesidades de interés público, el contrato pueda suspenderse justificada y temporalmente mientras se resuelven los inconvenientes que impiden su ejecución. Debe indicarse que, aun sin que previamente las partes hayan dispuesto en el contrato alguna cláusula referida a la suspensión y a sus efectos, cuando surgen circunstancias que implican de facto la justificada parálisis de la ejecución de las obligaciones, los contratantes pueden y suelen acordar formalmente consignar por escrito las situaciones que originaron la suspensión y establecer sus efectos en el contrato.

(...)

SUSPENSIÓN ACORDADA POR LAS PARTES DEL CONTRATO ESTATAL – Requisitos / SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CONTRATO ESTATAL – Requiere el acuerdo de las partes

Dado el interés público que gravita sobre la contratación estatal, las partes contratantes deberán en cada caso concreto: (i) ponderar que la naturaleza del contrato estatal admita la posibilidad de suspenderlo, (ii) verificar que lo que se pacte no esté prohibido expresamente en la ley ni resulte contrario al orden público y a las buenas costumbres, (iii) garantizar que la suspensión tenga por objeto la consecución del interés general y el cumplimiento de los fines estatales; y (iv) demostrar y justificar que su ocurrencia obedece a razones de fuerza mayor, o caso fortuito, o que procura la satisfacción del interés público. (...) La suspensión temporal del contrato estatal requiere la concurrencia de la voluntad de los contratistas, lo que excluye la posibilidad de declararla unilateralmente. Lo anterior sin perjuicio de la suspensión de “facto”, en la cual no hay acuerdos, sino que únicamente se dejan constancias escritas de la ocurrencia de los eventos que impiden continuar con el cumplimiento de la obligación pactada.”

El Manual Integrado de Contratación de la Secretaría de Educación del Distrito, adoptado mediante Resolución 2126 del 12/12/2017, en su artículo 18 contempla la suspensión del contrato o convenio estatal en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 18. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO O CONVENIO. Si durante el desarrollo del contrato o convenio, surge la necesidad de suspenderlo, debidamente justificada ante el ordenador del gasto, el interventor cuando aplique con el supervisor y el contratista deben suscribir un acta de suspensión, en la que indicarán el término exacto de inicio y terminación de la misma. Teniendo en cuenta que es una situación temporal, queda sometido el reinicio al cumplimiento del plazo o de la condición.

El acta de suspensión se deberá diligenciar en el formato que para el caso la Secretaria de Educación de Distrito tenga en su Sistema Integrado de Gestión – SIG.

En efecto, la finalidad de la suspensión del contrato estatal, como medida excepcional, **está encaminada a reconocer la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impiden la ejecución temporal del negocio jurídico**, y es precisamente por ese motivo que la misma no puede ser indefinida, sino que debe estar sujeta al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición. Por lo tanto, **la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia o plazo, sino que se delimita como una medida de tipo provisional y excepcional que debe ajustarse a los criterios de necesidad y proporcionalidad**, sujeta a un término o condición, período este durante el que las obligaciones contenidas en el contrato no se ejecutan, pero sin que se impute ese tiempo al plazo pactado inicialmente por las partes.

El interventor y/o supervisor deberá requerir y exigir al contratista o asociado, que actualice la vigencia de las garantías correspondientes con ocasión de la suspensión y reinicio de conformidad con los plazos pactados, de lo cual enviará inmediatamente copia a la Oficina de Contratos para incluirse en el expediente contractual.

En el acta de suspensión se debe dejar constancia de los efectos de la misma, es decir, de la carga de los costos de la suspensión, si a ellos hubiere lugar, con el propósito de precaver posibles reclamaciones.

Una vez se haya suscrito el acta de reinicio, el supervisor informará al Ordenador del Gasto los saldos a liberar, remitiendo para el caso el acta de suspensión y de reinicio de ser necesario, soporte para solicitar a la Oficina de Presupuesto mediante memorando lo pertinente, cuando aplique.

Perfeccionadas las actas, el interventor o supervisor surtirá los trámites para efectos de la publicación de las actas de suspensión y de reinicio en los portales vigentes en los términos legales.

Se deberá determinar si resulta o no procedente suspender el contrato, siendo lo relevante que tal mecanismo se use en procura de materializar las prestaciones del contrato y sin que ello implique “desconocer” incumplimientos. A ese respecto será muy importante que la decisión se acompañe de un documento de justificación que evidencie cuál es el evento.” (Negrita y subrayado nuestros)

De la cita normativa anterior podemos concluir que, la suspensión temporal del contrato estatal debe realizarse mediante acta escrita celebrada entre las partes, con fundamento en un hecho imprevisto o inevitable que impida la ejecución del mismo de manera temporal o transitoria, e indicando la fecha de inicio y terminación de la suspensión.

La figura de la suspensión temporal de los contratos estatales se puede predicar de los de prestación de servicios, dependiendo en parte del objeto y las obligaciones pactadas que puedan desarrollarse dentro o fuera de la sede contractual.

El supervisor de cada contrato, en atención a la naturaleza del objeto contratado, debe verificar el marco más adecuado para su ejecución y cumplimiento, velando por la satisfacción de la necesidad pública que se pretende satisfacer con el contrato, pero sin desvirtuar la ausencia de horario y subordinación que caracteriza a los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

El embarazo, per se, no impide la ejecución de un contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión, pero pueden presentarse casos de inconvenientes de carácter médico que impacten de tal manera la ejecución, generando la necesidad de suspenderla por el término que corresponda, en el entendido que, superada la situación, la contratista podrá continuar el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

En ese orden, no puede trazarse una regla general sobre el particular, como quiera que cada caso en particular tendrá que ser definido por la supervisión, según si las dificultades de salud impiden o no la adecuada ejecución del objeto contractual pactado.

Será necesario tener en cuenta las dificultades de salud que puede tener la contratista y que le impidan ejecutar por un lapso determinado el marco obligacional asumido, para definir de común acuerdo la suspensión del contrato, pues se insiste que esta no es una prerrogativa de la administración, que permita hacerlo unilateralmente.

La eventual suspensión del contrato no es un tema que defina discrecionalmente ni la administración ni la contratista, sino que es una decisión que adoptan las partes frente a especiales circunstancias dentro del contexto descrito.

3.2. La licencia de maternidad.

El ordenamiento jurídico colombiano, los diversos instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han desarrollado medidas tendientes a impedir la discriminación de la mujer en embarazo o en lactancia. Estas medidas buscan otorgarles herramientas para la protección de su derecho a la estabilidad laboral reforzada como una vía para asegurarles los ingresos económicos que le garanticen condiciones de vida dignas a ella y al hijo que está por nacer o que recién ha nacido.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres gestantes y lactantes ha reconocido que la misma se aplica de manera autónoma a la modalidad del vínculo contractual que exista entre las partes, por ende, para prodigar la protección constitucional por maternidad es indistinto que se trate de un contrato laboral a término fijo, indefinido, por obra o labor determinada, o incluso de prestación de servicios. No obstante, la Corte ha reconocido que la forma de vinculación ciertamente es uno de los factores determinantes del alcance y el tipo de amparo procedente en cada caso.

En punto de los contratos de prestación de servicios, la Corte ha reconocido expresamente que, el hecho que no se halle probado un contrato realidad, no implica que la mujer y el hijo por nacer o ya nacido se encuentren desprotegidos frente a la presunta amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales, toda vez que la protección reforzada a la mujer gestante o lactante procede de manera autónoma a la forma de vinculación contractual. Esta posición ha sido reiterada en las sentencias T-346 de 2013, T-715 de 2013, T-238 de 2015, T-102 de 2016 y T-350 de 2016.

Entre las modalidades de protección adoptadas en las providencias referidas se encuentran: **i)** la renovación de la relación contractual, **ii)** el pago de los honorarios dejados de percibir, **iii)** la indemnización y **iv)** la licencia de maternidad.

En punto conviene sostener que, la licencia de maternidad tiene dos connotaciones en nuestro ordenamiento jurídico.

Por un lado, se puede entender como el derecho de todas las trabajadoras dependientes o independientes a una prestación económica proporcional que reconoce y paga el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), de acuerdo al periodo de gestación cotizado, conforme al artículo 207² de la Ley 100 de 1993.

Por otro lado, la licencia de maternidad puede verse como el derecho que tiene la madre y especialmente su hijo recién nacido para que su madre se separe de sus labores y pueda dedicarle ese tiempo a su atención y cuidado, de acuerdo al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017.

Por otra parte, tenemos que, en los casos de las mujeres gestantes vinculadas por contratos de prestación de servicios, en su calidad de cotizantes independientes del SGSSS, el reconocimiento y pago de la prestación económica de su licencia de maternidad no se excluye legalmente con el reconocimiento y pago de los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios. Por lo tanto, eventualmente una cotizante independiente puede recibir las prestaciones económicas de su licencia de maternidad y los honorarios de su contrato de prestación de servicios.

4. Respuesta.

¿La mujer gestante o lactante vinculada mediante contrato de prestación de servicios profesionales puede continuar con la ejecución del mismo durante el periodo de licencia de maternidad?

Respuesta. En nuestro ordenamiento jurídico la licencia de maternidad tiene la doble connotación de prestación económica y periodo de descanso. Adicionalmente, la ley no excluye la posibilidad de

² "ARTICULO 207. De las Licencias por Maternidad. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitalización, UPC."

que la mujer cotizante independiente eventualmente reciba las prestaciones económicas de su licencia de maternidad y los honorarios de sus contratos de prestación de servicios.

Por otro lado, el Consejo de Estado ha establecido que la suspensión temporal de los contratos estatales requiere la concurrencia de la voluntad de los contratistas, lo que excluye la posibilidad de declararla unilateralmente.

En conclusión, la posición de la OAJ es que los contratos estatales de prestación de servicios celebrados con mujeres gestantes o lactantes, en principio y por regla general no deberían suspenderse, por dos razones:

a) En virtud del artículo 9 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), según el cual, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona; y en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

b) Siempre que la naturaleza del objeto contratado permita su cabal cumplimiento a la mujer lactante.

La suspensión solo debería proceder excepcionalmente, en la medida en que la naturaleza del objeto contratado y/o su condición de salud no permita a la mujer madre ejecutar y cumplir el mismo, y por el tiempo que el contexto de cada caso particular amerite. Y en este caso, siempre que haya un acuerdo de voluntades entre la SED y la contratista madre.

En el evento que, por las circunstancias particulares de modo, tiempo y lugar de cada caso concreto, se concluya que es procedente la suspensión temporal del contrato de prestación de servicios celebrado con mujer gestante o lactante, el supervisor y la contratista madre deberán: (i) ponderar que la naturaleza del contrato estatal admita la posibilidad de suspenderlo, (ii) verificar que lo que se pacte no esté prohibido expresamente en la ley ni resulte contrario al orden público y a las buenas costumbres, (iii) garantizar que la suspensión tenga por objeto la consecución del interés general y el cumplimiento de los fines estatales; y (iv) demostrar y justificar que su ocurrencia obedece a razones de fuerza mayor, o caso fortuito, o que procura la satisfacción del interés público; conforme al pronunciamiento del Consejo de Estado abordado en este concepto.

Finalmente, recuerde que puede consultar los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica en la página web de la Secretaría de Educación del Distrito, <http://www.educacionbogota.edu.co>, siguiendo la ruta: *Nuestra entidad / Marco Jurídico / Oficina Asesora Jurídica / Conceptos jurídicos emitidos por la OAJ.*

Cordialmente

JENNY ADRIANA BRETÓN VARGAS

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Javier Bolaños Zambrano - Abogado Contratista OAJ