

MEMORANDO

2100

Bogotá, lunes, 13 de enero de 2025



Al responder cite este Nro.
20252100003003

PARA: HUBERTO VILLANI PECHENÉ
Supervisor de contrato N° 4852024

DE: JOSÉ LUIS VALENZUELA RODRÍGUEZ
Jefe Oficina Jurídica (E)

ASUNTO: Respuesta radicado 20244100106373 Concepto – Licencia de Maternidad en personal vinculado a través de contrato de prestación de servicios

Respetado Doctor Villani,

Por medio del presente, esta Oficina Jurídica se permite emitir el concepto solicitado mediante su memorando con radicado N° 20244100106373 del 26 de diciembre de 2024, requerimiento que versa sobre los siguientes hechos:

"(...) Se solicita concepto a la Oficina Jurídica respecto de determinar el periodo en el que ampara el fuero de maternidad, teniendo en cuenta que en el caso concreto la contratista dio a luz el 24 de septiembre de 2023, pero solicita se continúe protegiendo su estabilidad reforzada, esto como insumo para dar respuesta a la petición elevada por ella en calidad de abogada contratista".

Con el fin de dar respuesta a la solicitud, se plantean las siguientes consideraciones:

I. LA LICENCIA DE MATERNIDAD:

La licencia de maternidad se encuentra regulada en la Ley 2114 de 2021¹, en los siguientes términos:

¹ Ley 2114 de 2021, artículo 2°



"ARTÍCULO 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) La indicación del día probable del parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad, abandono o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento, abandono o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple o madres de un hijo con discapacidad, la licencia se ampliará en dos semanas más.

6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) *Licencia de maternidad preparto. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomar la semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.*

b) *Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo con lo previsto en el literal anterior."*

Como lo ha señalado la Corte Constitucional², la naturaleza de la licencia de maternidad no es otro que constituirse en una medida de protección a favor de la madre del recién nacido y de la institución familiar, pues por un lado, se hace efectiva a través del reconocimiento de un periodo destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño o niña; y de otro lado, se garantiza el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las de su hijo o hija.

La licencia de maternidad es, por lo tanto, una garantía de protección integral de la mujer en estado de embarazo, antes y después del parto, así como de protección del recién nacido en los primeros meses de vida, protección que inició en 1921 con la vigencia del Convenio No. 3 adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo³.

II. LA EXTENSIÓN DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD EN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS:

Esta garantía de protección de la mujer en estado de embarazo, y de su hijo recién nacido, se extiende indistintamente de la vinculación que tenga la gestante con su empleador o contratante, en otras palabras, no es un fuero que se predique exclusivamente en razón de la existencia de un vínculo laboral entre la mujer y su empleador.

A propósito de ello, la Corte Constitucional⁴ estableció lo siguiente:

"Existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres. El segundo fundamento constitucional es la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo, habitualmente conocida como fuero de

² Corte Constitucional, sentencia T-014/22, M.P. Gloria Stela Ortiz Delgado, 24 de enero de 2022

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas, M.P. Fernando León Bolaños Palacios, STP1623-2018, 09 de febrero de 2018.

⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-070/13, M.P. Alexei Julio Estrada, 13 de febrero de 2013



maternidad. El fin de la protección en este caso es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia. Un tercer fundamento de 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. Ahora bien, la protección reforzada de la mujer embarazada, estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, buscando entre otros, garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos.

(...)

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, 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. 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 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.” (subrrayas fuera de texto).

En un pronunciamiento más reciente, dicha Corporación⁵ reiteró que el principio de especial protección y asistencia a la mujer gestante y lactante se predica no solo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral, pues se parte del reconocimiento de que las mujeres que se encuentran en estado de embarazo son especialmente vulnerables, han sido tradicionalmente discriminadas y han soportado “condiciones estructurales o circunstanciales que las sitúan en situación de desventaja” frente a los demás miembros de la sociedad. Bajo esta sindéresis, la Corte Constitucional ratificó que:

“(…) En relación con los contratos de prestación de servicios, en la mencionada providencia se estableció que el juez de tutela debe analizar si se encuentra en “inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental”. En caso de ser así, corresponderá determinar, de acuerdo con las circunstancias fácticas que rodean el caso, lo expresado en la demanda y las pretensiones, “si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral”.

Ahora bien, bajo las reglas establecidas en la indicada sentencia de unificación, en los casos en que se encuentre que el contrato de prestación de servicios realmente encubre una relación laboral se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo.

Con todo, en los eventos en que se establezca que el contrato efectivamente corresponde a uno de prestación de servicios y que, por tanto, no se está encubriendo una relación laboral, también proceden medidas de protección, tal como lo ha establecido esta Corporación en múltiples providencias expedidas con posterioridad a la referida sentencia de unificación.

En efecto, en providencias expedidas luego de la Sentencia de Unificación SU-070 de 2013 y también con posterioridad a la SU-075 de 2018, esta Corporación señaló que la protección a la estabilidad laboral reforzada procede en los contratos de prestación de servicios, así no se logre establecer la existencia de una relación laboral.

(…)

En atención a las circunstancias descritas, esta Sala considera que, en los casos de vinculación mediante contrato de prestación de servicios, aun cuando en el trámite de tutela no se logren acreditar los elementos del contrato realidad, hay lugar a la protección derivada del fuero de maternidad. Esto, por las siguientes razones: (i) la protección de la mujer gestante o en periodo de lactancia se deriva de, entre otros, los artículos 43, 53 y 13 de la Constitución Nacional; (ii) la Sentencia SU-070 de 2013 reiteró la protección a la mujer embarazada en todas las alternativas laborales o de trabajo en las que se incluye el contrato de prestación de servicios; (iii) la Sentencia SU-075 de 2018 reiteró que las

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-186/23, M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera, 30 de mayo de 2023.



condiciones para la protección de la mujer embarazada son la existencia de una relación laboral o de prestación de servicios y que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación de servicios; y (iv) las salas de revisión de la Corte Constitucional reconocen la protección derivada del fuero de maternidad en los contratos de prestación de servicios" (subrayas fuera de texto).

Bajo estos planteamientos, no existe duda que en precedente jurisprudencial, la prerrogativa de protección de la mujer gestante a través de la licencia de maternidad se hace extensiva a los casos en que la vinculación se realice a través de contratos de prestación de servicios, independientemente de que tal vínculo oculte o no una relación laboral.

III. LA PROTECCIÓN EN PERIODO DE LACTANCIA:

El Código Sustantivo del Trabajo dispone lo siguiente:

"ARTICULO 238. DESCANSO REMUNERADO DURANTE LA LACTANCIA.

1. <Numeral modificado por el artículo 6 de la Ley 2306 de 2023. El nuevo texto es el siguiente:> El empleador está en la obligación de conceder a la trabajadora dos (2) descansos, de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto, durante los primeros seis (6) meses de edad; y una vez cumplido este periodo, un (1) descanso de treinta (30) minutos en los mismos términos hasta los dos (2) años de edad del menor; siempre y cuando se mantenga y manifieste una adecuada lactancia materna continua

2. El empleador está en la obligación de conceder más descansos que los establecidos en el inciso anterior si la trabajadora presenta certificado médico en el cual se expongan las razones que justifiquen ese mayor número de descansos.

3. Para dar cumplimiento a la obligación consagrada en este artículo, los empleadores deben establecer en un local contiguo a aquel en donde la mujer trabaja, una sala de lactancia o un lugar apropiado para guardar al niño.

4. Los empleadores pueden contratar con las instituciones de protección infantil el servicio de qué trata el inciso anterior.

ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPIDO. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1822 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa

2. <Numeral modificado por el artículo 1 de la Ley 2141 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando

este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto.

3. <Numeral modificado por el artículo 1 de la Ley 2141 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.

Esta misma indemnización se aplicará en el caso del despido de un trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto y no tenga un empleo formal, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.

4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.

5. <Numeral adicionado por el artículo 1 de la Ley 2141 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Se prohíbe el despido de todo trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto y no tenga un empleo formal. Esta prohibición se activará con la notificación al empleador del estado de embarazo de la cónyuge, pareja o compañera permanente, y una declaración, que se entiende presentada bajo la gravedad del juramento, de que ella carece de un empleo. La notificación podrá hacerse verbalmente o por escrito. En ambos casos el trabajador tendrá hasta un (1) mes para adjuntar la prueba que acredite el estado de embarazo de su cónyuge o compañera permanente. Para tal efecto, serán válidos los certificados médicos o los resultados de exámenes realizados en laboratorios clínicos avalados y vigilados por las autoridades competentes."

Han sido varios los pronunciamientos del Juez Constitucional en los cuales ha dejado expreso que la estabilidad laboral de la mujer gestante, se extiende a la mujer lactante hasta cierto momento. En un pronunciamiento emitido con anterioridad a la expedición y vigencia de la Ley 2306 de 2023, la Corte⁶ señaló lo siguiente:

"La especial protección y asistencia a la mujer gestante y lactante es un principio constitucional. Como tal, encuentra fundamento el derecho a la igualdad y la prohibición

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-119/23, M.P.



de discriminación en razón del sexo (arts. 13 y 43 de la CP), la protección de la mujer como “gestora de vida” (art. 11 de la CP), el mandato constitucional de salvaguarda integral de la familia (arts. 5 y 42) y los deberes positivos de garantía del mínimo vital a cargo del Estado (arts. 11 y 43 de la CP). Este principio también se encuentra previsto en diferentes normas que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto. En particular, los artículos 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 11.2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 9.2 del Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3 del Convenio 003 de la OIT, entre otras.

El principio de especial protección y asistencia a la mujer gestante y lactante es, además, un mandato general de amparo y asistencia reforzado respecto de todas las mujeres en tales condiciones, “no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral”. Este principio, parte del reconocimiento de que las mujeres que se encuentren en estado de embarazo son especialmente vulnerables, han sido tradicionalmente discriminadas y han soportado “condiciones estructurales o circunstanciales que las sitúan en situación de desventaja” frente a los demás miembros de la sociedad. En tales términos, el principio en comento le impone al Estado la obligación de tomar acciones afirmativas para contrarrestar los efectos de esta discriminación estructural. Lo anterior, con el objeto de promover la igualdad sustantiva, “garantizar las condiciones de vida dignas de la mujer y su hijo por nacer”, salvaguardar “el ejercicio pleno de la maternidad” y, cuando sea necesario, brindar una protección integral a la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

(...)

El principio de especial protección y asistencia de las mujeres lactantes y gestantes comprende diversos derechos y prerrogativas para las mujeres, así como múltiples obligaciones y deberes correlativos a cargo del Estado y, en algunos casos, de los particulares. En concreto, la Corte ha sostenido que el ámbito de protección de este mandato abarca principalmente dos garantías: (i) la protección reforzada y diferenciada del mínimo vital; y (ii) la protección cualificada contra la discriminación.

(...)

La Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia habían precisado que, en el periodo de lactancia, esta presunción solo aplica durante los primeros 3 meses posteriores al parto, partiendo de la regulación existente antes de la modificación efectuada por la Ley 2141 de 2021, de modo que actualmente la presunción se extiende hasta las 18 semanas posteriores al parto. Sin embargo, han indicado que, pese a que en el periodo de lactancia que va del tercer al sexto mes, que actualmente correspondería al periodo siguiente a las 18 semanas posteriores al parto y hasta el sexto mes, de acuerdo con la regulación vigente, “no es aplicable la presunción de despido por causa del embarazo”, en todo caso permanece la prohibición contra el despido en razón de la lactancia.

En síntesis, el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada es una manifestación del principio de especial protección y asistencia de las mujeres gestantes y lactantes en el ámbito laboral. Este derecho otorga una protección cualificada que tiene por objeto impedir que el empleador despidas, termine o no renueve el contrato laboral de estas trabajadoras debido a su estado de gestación o lactancia. El contenido de este derecho varía dependiendo del estado en el que se encuentre la mujer. Primero, durante el periodo de embarazo, exige que el empleador solicite autorización al Ministerio del Trabajo para desvincular a la trabajadora. Segundo, impide que el empleador termine el vínculo laboral en el periodo de licencia de maternidad. El incumplimiento de esta prohibición implica la ineficacia del despido. Tercero, en virtud de este derecho, los despidos que ocurran en el periodo de gestación o dentro de las 18 semanas posteriores al parto, es decir, dentro de las primeras 18 semanas del periodo de lactancia, se presumen discriminatorios. Por último (cuarto), prohíbe que, luego del periodo anterior y hasta el sexto mes del periodo de lactancia, el empleador termine el vínculo laboral en razón de tal circunstancia." (subrayas fuera de texto).

En dicha sentencia, la Corte Constitucional dejó plasmado que (i) el fuero de protección de maternidad se extiende a la mujer lactante; (ii) con la regulación de la Ley 2141 de 2021 se presume que toda mujer despedida dentro de las primeras 18 semanas del periodo de lactancia, ha sido desvinculada en razón del embarazo y/o la lactancia; y (iii) luego de estas 18 semanas y hasta antes del sexto mes de lactancia tal presunción no se configura, no obstante, el empleador no puede despedir a la mujer justificando tal decisión en el estado de lactancia de la trabajadora.

Para el 31 de julio de 2023, entra en vigencia la Ley 2306 por medio de la cual se promueve la protección de la maternidad y la primera infancia, se crean incentivos y normas para la construcción de áreas que permitan la lactancia materna en el espacio público y se dictan otras disposiciones.

Como lo dispone la misma ley, su objetivo no es otro que la protección y apoyo a la maternidad y la primera infancia⁷, reconociendo el derecho de las mujeres a amamantar a sus hijas e hijos en el espacio público, sin ningún tipo de discriminación ni restricción. Dicha ley establece igualmente el deber de respetar la lactancia materna en el espacio público, por parte de las autoridades y los ciudadanos, y define los parámetros para que los entes territoriales y algunos establecimientos de carácter privado, construyan o adecuen espacios públicos amigables para que las madres en etapa de lactancia puedan amamantar a sus hijas e hijos lactantes en espacio público con alta afluencia de personas, modificando por demás algunos aspectos del descanso remunerado durante la lactancia como estrategia de protección de la maternidad y la primera infancia.

Sobre el alcance de aplicación de la Ley 2306 de 2023, el Ministerio de Trabajo emitió el concepto jurídico N° 08SE2023120300000068155 del 13 de diciembre de 2023, del cual se puede extraer lo siguiente:

⁷ Ley 2306 de 2023, artículo 1°

“En principio, la Ley 2306 de 2023 tiene como finalidad promover la lactancia materna, a través de apoyo a la maternidad y a la primera infancia, reconociendo el derecho de las mujeres de amamantar a sus hijos en espacio público sin discriminación alguna, por lo cual se adoptan medidas entre las cuales se resalta la modificación del artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo (...)

(...) es de anotar que la mujer trabajadora en estado de embarazo y después del parto goza por mandato Constitucional y Legal, de una estabilidad laboral reforzada, bajo el cual se protege e impide que sea despedida, sin el respectivo permiso del Ministerio del Trabajo de conformidad con el artículo 239, 240 Y 241 del Código Sustantivo del Trabajo (...)

De conformidad con las citadas normas y jurisprudencia, se entiende que existiría la presunción de despido por estado de embarazo, durante el goce de la licencia de maternidad que equivale a las (18) semanas posteriores al parto y en el término de la lactancia en donde si bien existe una protección, no le es aplicable dicha presunción, motivo por el cual la trabajadora deberá demostrar ante la autoridad competente que dicho despido fue dado a causa de su embarazo o lactancia.

(...)

No obstante, obsérvese que la presunción del artículo 239 del CST no cobija los descansos remunerados a que hace referencia el artículo 241 del CST, lo que trae como consecuencia directa que, en caso de que el empleador despidiera a la trabajadora que se encuentre disfrutando de los dos periodos diarios de treinta (30) minutos cada uno, o durante un único periodo del mismo tiempo, según sea el caso, en el transcurso de la jornada laboral tal y como lo confiere la ley, no se presumirá que dicho despido fue discriminatorio, es decir, que tuvo como origen la condición de lactante de la madre, sino que será esta última quien deberá probar dicha situación para que al despido se le resten los efectos surtidos.

(...)

En conclusión, con la entrada en vigencia de la Ley 2306 de 2023, se tiene que el despido posterior a las dieciocho (18) semanas siguientes al parto, no implica la presunción de despido discriminatorio. En esta hipótesis será la Madre – Trabajadora la que deberá acreditar que fue despedida con ocasión de estar gozando del permiso de lactancia (SL3733-2018. SCL, rad 53.384 y Rad 17193 del 10 de julio de 2002. SCL)

De manera adicional es pertinente indicar que la puesta en marcha de la Ley 2603 de 2023 no implica una extensión automática del fuero de maternidad. En efecto, las trabajadoras gozarán del descanso remunerado de lactancia durante los dos (2) primeros años de vida del menor “...siempre y cuando se mantenga y manifieste una adecuada lactancia materno continua” la que deberá acreditar la Madre Trabajadora con los respectivos certificados médicos.”

Se tiene entonces que, a juicio del Ministerio del Trabajo, la ampliación de los permisos de lactancia a través de la Ley 2306 de 2023, no implica de forma automática una ampliación del fuero de maternidad, ni tampoco extiende la presunción legal consistente en que el despido a la mujer se realizó en razón a su estado de embarazo o de lactancia.

Aunado a ello, es pertinente señalar que la Ley 2306 de 2023, no modificó ni derogó el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo transcrito en precedencia, el cual define expresamente que la protección por maternidad cubre el embarazo y las 18 semanas siguientes al parto, periodo dentro del cual, como se explicó, opera la presunción legal que el despido se dio en razón del estado de embarazo o de lactancia.

No obstante, es deber de esta Oficina Jurídica indicar que, en caso de que la mujer gestante o lactante acredite ante la autoridad de trabajo y/o ante el juez laboral, que su desvinculación o despido ocurrió en razón de su condición de lactante, deberá el empleador o contratante asumir las consecuencias plasmadas en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo ya citado, además de las sanciones disciplinarias y legales a que hubiese lugar.

IV. DISPOSICIONES DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES:

Visto como está que la Ley 2306 de 2023 no amplió el fuero de lactancia, debe tenerse en cuenta que la relación entre contratante y contratista se rige bajo el marco que disponga la ley y, en específico, por las cláusulas mismas del contrato.

Así, en tanto que para el caso que se consulta ya no hay el fuero de lactancia dado que ya se superaron las 18 semanas siguientes del parto, la relación contractual entre la Agencia y la contratista se rige por lo dispuesto en el Estatuto General de la Contratación Pública, y en el contrato mismo.

Una de las características que debe tener el contrato de prestación de servicios profesionales con una entidad estatal, es la temporalidad. Frente a ella, la Corte Constitucional⁸ ha señalado que:

"La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente" (subrayas fuera de texto).

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara



Acatando dicha característica, se observa que el contrato de prestación de servicios N° 4852024⁹ suscrito con Olga Marcela Corzo, contempla:

“El contrato también podrá terminarse por cualquiera de los siguientes eventos: i) Por mutuo acuerdo escrito de las partes; ii) Por vencimiento del plazo de ejecución del contrato, iii) Por decisión unilateral de la AGENCIA de acuerdo al artículo 17 de la Ley 80 de 1993. iv) las demás causales establecidas en la Ley.

Y frente al plazo de ejecución se indica:

“El plazo de ejecución del contrato será el establecido en el estudio previo, sin sobrepasar el 31 de diciembre de 2024, en atención al principio de anualidad. Dicho término empezará a partir de la suscripción del acta de inicio, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución.”

En ese sentido, siguiendo las disposiciones normativas y jurisprudenciales, así como las cláusulas contractuales, es posible señalar que el contrato de prestación de servicios contempló como una justa causa de terminación, el vencimiento del plazo de ejecución del contrato y expresamente, se indicó que dicho plazo no podía superar el 31 de diciembre de 2024. Sea pertinente señalar que estas cláusulas fueron aceptadas por la contratista en ejercicio de la autonomía de su voluntad, habiendo suscrito el contrato de prestación de servicios con tales estipulaciones, en señal de aceptación de las mismas.

Bajo estas cláusulas aceptadas voluntariamente por las partes, se entiende válidamente que el 31 de diciembre de 2024 se configura el vencimiento del plazo de ejecución, siendo tal circunstancia una justa causa para la terminación del contrato de prestación de servicios, máxime cuando a la contratista no le ampara fuero por lactancia, pues ya se superó el término del mismo.

V. ASPECTOS ESPECÍFICOS:

Bajo las consideraciones expuestas, se puntualizan los siguientes aspectos con el objetivo de emitir una respuesta específica a la solicitud de concepto jurídico:

1. De acuerdo con el ordenamiento jurídico, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la protección de la madre gestante y lactante se extiende a las mujeres que han sido vinculadas a través de contratos de prestación de servicios, independiente que tal vinculación oculte o no una relación laboral.
2. En el ordenamiento jurídico Colombiano está prohibido el despido o desvinculación de la mujer gestante, prohibición que se extiende hasta las 18 semanas posteriores al parto. En toda desvinculación o despido que ocurra en este periodo de tiempo, se configura la presunción legal respecto que la causa del despido es el estado de embarazo o de lactancia.

⁹<https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.5692562&isFromPublicArea=True&isModal=true&asPopupView=true>

3. Luego de las 18 semanas posteriores al parto, esta presunción legal no se configura, no obstante lo cual ningún empleador, o contratante, puede argumentar como justa causa de la desvinculación el estado de lactancia de la trabajadora o contratista.
4. Lo que ocurre después de la semana 18 en comento, es que la carga de la prueba se invierte, y corresponde a la trabajadora, o contratista, probar el nexo causal entre la desvinculación y su estado de madre lactante.
5. Conforms lo plantea el Ministerio del Trabajo, la ampliación de los permisos de lactancia a través de la Ley 2306 de 2023, no generó de forma automática la ampliación del fuero de maternidad, como tampoco amplió la presunción legal a la que se hace referencia.
6. La extensión del descanso remunerado de lactancia desde los seis meses y hasta los dos años de vida del hijo/a, está condicionado a que la trabajadora, o contratista, cumpla con la carga de la prueba consistente en acreditar que se ha mantenido la adecuada lactancia materna continua, acreditación que se debe realizar como lo dispone el Ministerio del Trabajo, esto es, a través de certificado médico. De no lograrse acreditar tal circunstancia, no procede la ampliación del descanso remunerado de la lactancia hasta los dos años.
7. La Ley 2306 de 2023 no modificó ni derogó el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual establece que la protección por maternidad cubre el embarazo y las 18 semanas siguientes al parto, periodo dentro del cual, como se explicó, opera la presunción legal sobre la causa del despido.
8. Para el caso concreto objeto de consulta, dentro de los documentos anexos a la solicitud de concepto no se adjunta la certificación médica que indique que se ha mantenido la adecuada lactancia materna continua, razón por la cual esta Oficina Jurídica no se pronuncia sobre si es procedente, o no, la extensión del permiso de lactancia hasta los dos años de vida del hijo/a de la contratista.
9. En cuanto a la protección por fuero de maternidad y de lactancia de la contratista, con los planteamientos expuestos esta Oficina Jurídica considera que dicha protección se debió garantizar hasta las 18 semanas posteriores al parto. Lo que debe ocurrir después de este plazo, en caso de continuar con la relación contractual, es que se le debe conceder a la contratista los descansos remunerados por lactancia señalados en la Ley 2306 de 2023, siempre y cuando la madre lactante acredite con certificación médica que se ha mantenido la adecuada lactancia materna continua.
10. Esta Oficina Jurídica aclara que la decisión de realizarle a la contratista una prórroga al contrato actual, o un nuevo contrato de prestación de servicios, es exclusiva del supervisor y del ordenador del gasto.
11. Frente a la posibilidad de renovación automática mencionada en la solicitud de concepto, entendiendo que por lo general en los contratos de prestación de servicios



no se pactan cláusulas de renovación automática, no es procedente acudir a tal figura jurídica para dar continuidad a la relación contractual. Del mismo modo, revisados los estudios previos y el clausulado contractual, se confirma que tal mecanismo no fue contemplado, por ende, no es posible hacer la renovación automática del contrato de prestación de servicios.

12. Por último, y conforme se explicó en precedencia, bajo las cláusulas del contrato de prestación de servicios objeto de consulta, se entiende válidamente que el 31 de diciembre de 2024 se configura el vencimiento del plazo de ejecución, siendo tal circunstancia una justa causa para la terminación del contrato de prestación de servicios, máxime cuando a la contratista no le ampara en este momento el fuero por lactancia, pues ya se superó el término del mismo.

En estos términos se da respuesta a su solicitud, siendo pertinente señalar que de acuerdo con el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica no son vinculantes y, por tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Atentamente,



JOSÉ LUIS VALENZUELA RODRÍGUEZ

Elaboró:	Francy Paola Ramírez Pabón, contratista Oficina Jurídica
Revisó:	Diana Pilar Díaz Torres, contratista Oficina Jurídica
Aprobó:	José Luis Valenzuela Rodríguez, Jefe Oficina Jurídica