



OJ- 0010-3 - 10

Bogotá, **25 AUG 2010**

Profesora

GRACE ANDREA MONTOYA ROJAS

Docente de Vinculación Especial - Universidad Distrital Francisco José de Caldas

Calle 147 N° 17-81 Interior 3 Apartamento 509

Ciudad.

REF. **Concepto jurídico sobre naturaleza jurídica de los docentes de vinculación especial. Licencia de maternidad**

Apreciada Profesora Grace Andrea.

Teniendo en cuenta su remisión de copia del derecho de petición de fecha 5 de agosto de 2010 formulado ante la División de Recursos Humanos, relacionado con el tema de la licencia de maternidad, esta Oficina considera oportuno emitir el presente concepto jurídico, aclarando que esta dependencia no analiza asuntos particulares y concretos sino que desarrolla los temas desde el punto de vista jurídico de forma general, de tal forma que el pronunciamiento se constituya en un criterio más para adoptar las decisiones que correspondan.

1. De los docentes de vinculación especial.

La Ley 30 de 1992 trata el tema sobre la naturaleza jurídica de los docentes universitarios de la siguiente forma:

*"ARTICULO*71. Los profesores podrán ser de dedicación exclusiva, de tiempo completo, de medio tiempo y de cátedra.*

La dedicación del profesor de tiempo completo a la universidad será de cuarenta horas laborales semanales."

En cuanto a los docentes de hora cátedra, establece lo siguiente:

"ARTICULO 73. <Apartes subrayados y en negrilla INEXEQUIBLES> Los profesores de cátedra no son empleados públicos ni trabajadores oficiales; son contratistas y su vinculación a la entidad se hará mediante contrato de prestación de servicios, el cual se celebrará por períodos académicos.

Los contratos a que se refiere este artículo no estarán sujetos a formalidades distintas a las que se acostumbra entre particulares. El régimen de estipulaciones será el determinado por la naturaleza del servicio y el contrato podrá darse por terminado sin indemnización alguna en los casos de incumplimiento de los deberes previstos en la ley o en el contrato.

Estos contratos requieren, para su perfeccionamiento, el registro presupuestal correspondiente."

Sobre el particular, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C- 006 de 1996 con ponencia del Magistrado FABIO MORÓN DÍAZ, expresó lo siguiente:



“Los profesores de cátedra tienen también una relación laboral subordinada, por cuanto cumplen una prestación personal de servicio, igual a la que realizan los profesores de tiempo completo, de medio tiempo o los llamados ocasionales, ellos devengan una remuneración por el trabajo desempeñado y están sujetos a una subordinación como se les exige a los otros, como horarios, reuniones, evaluaciones, etc. contemplados en el reglamento. Entonces frente a esta similar situación de hecho que identifica la misma relación de trabajo subordinado de estos servidores públicos, debe corresponderles el mismo tratamiento en cuanto a prestaciones sociales, que deben pagárseles proporcionalmente al trabajo desempeñado. Otro tratamiento desconocería el principio de igualdad y de justicia y sería evidentemente discriminatorio”

En consecuencia, la Corte prohibió que a los docentes de hora cátedra se les vincule a las universidades estatales como contratistas de prestación de servicios, pues reconoce en su actividad una *relación laboral especial* que, sin embargo, no les da la calidad de servidores públicos aunque sí un tratamiento similar.

Nótese que aunque la Corte los denomina como servidores públicos, no declaró inexecutable el aparte específico de la Ley 30 de 1992 que los excluye de esa calidad.

Lo anterior fue aclarado por el Consejo de Estado¹ al expresar que *“La relación entre el docente de hora - cátedra y la institución de educación superior oficial en la que presta estos servicios no es la misma que se da con el empleado público o el trabajador oficial. Es una relación de carácter laboral, de naturaleza especial, de tipo convencional, sometida en cada caso a lo previsto en la ley, y en los estatutos y reglamentos de la respectiva institución de educación superior.”*

De otra parte, el Decreto 1279 de 2002, dispone:

“ARTÍCULO 4o. PROFESORES DE HORA-CÁTEDRA DE LAS UNIVERSIDADES ESTATALES Y OFICIALES DISTINTAS A LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. Los profesores de hora-cátedra de las Universidades estatales u oficiales distintas a la Universidad Nacional de Colombia no son empleados públicos docentes de régimen especial ni pertenecen a la carrera profesoral y, por consiguiente, sus condiciones salariales y prestacionales no están regidas por el presente decreto, sino por las reglas contractuales que en cada caso se convengan, conforme a las normas internas de cada universidad, con sujeción a lo dispuesto en las disposiciones constitucionales y legales.”

Ahora bien, se consideran docentes en la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, de acuerdo con el artículo cuarto del Acuerdo 11 de 2002, los siguientes:

“Es docente de la Universidad “Francisco José de Caldas” la persona natural que con tal carácter haya sido vinculada a la institución previo concurso público de méritos y que desempeña funciones de enseñanza, comunicación, investigación, innovación o extensión; en campos relacionados con la ciencia, la pedagogía, el arte y la tecnología y otras formas del saber y, en general, de la cultura.”

Así mismo, existen dos tipos de docentes, de acuerdo con el artículo sexto del Estatuto Docente, a saber:

“Clasificación. Los docentes de la Universidad Distrital “Francisco José de Caldas” según el tipo de vinculación, se clasifican de la siguiente manera:

¹ Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación. 880. 27 de agosto de 1996. Consejero Ponente: Roberto Suárez Franco.



1. *Docentes de carrera.*
2. *Docentes de vinculación especial.*

El docente de carrera, de acuerdo con el artículo 7 de la norma en cita, es la persona natural inscrita en el escalafón docente de la Universidad o que se encuentre en periodo de prueba.

Su vinculación será por concurso público de méritos y mediante nombramiento.

De acuerdo con el artículo 13 del Estatuto Docente, son docentes de vinculación especial aquellos que, sin pertenecer a la carrera docente, están vinculados temporalmente a la universidad.

Los docentes de vinculación especial son:

a) Ocasionales: Tiempo completo y medio tiempo. _Los docentes ocasionales no son empleados públicos docentes de régimen, ni pertenecen a la carrera docente y su dedicación podrá ser de tiempo completo (40 horas semanales) o medio tiempo (20 horas semanales), hasta por un periodo inferior a un (1) año, cuando la Universidad lo requiera. Sus servicios son reconocidos de conformidad con la Ley.

b) De Hora cátedra. Los docentes de Hora cátedra vinculados a la Universidad Distrital "Francisco José de Caldas" **no son empleados públicos docentes del régimen especial, no pertenecen a la carrera docente y su vinculación se hará de conformidad con la Ley.**

c) Visitantes. Son docentes visitantes aquellos de reconocida idoneidad y que colaboran en la Universidad Distrital "Francisco José de Caldas" en virtud de convenios con instituciones nacionales o extranjeras de carácter cultural, artístico, filosófico, científico, humanístico, tecnológico o técnico en los campos propios de su especialidad.

d) Expertos. Son docentes expertos aquellas personas sin título universitario, pero de reconocida idoneidad en un área o campo determinado del saber o de la cultura, vinculados a la universidad para la enseñanza de las artes, la técnica o las humanidades. El Consejo Académico recomienda al Consejo Superior Universitario, la vinculación de estos docentes.

En conclusión, los docentes de vinculación especial no son empleados públicos ni trabajadores oficiales pero sí tienen una relación laboral especial con las universidades oficiales y que en el caso de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, es reconocida mediante resolución y no mediante contrato de prestación de servicios.

2. De la licencia de maternidad y la protección laboral reforzada.

La Constitución Política expresa en su artículo 43:

*"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.*



El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Igualmente, el artículo 53 de la Constitución Nacional, establece:

“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

A su vez, el capítulo 5 del Código Sustantivo del Trabajo, expresa que:

“La Maternidad gozará de la protección especial del Estado.”

Posteriormente, en su artículo 236, indica:

“DESCANSO REMUNERADO EN LA EPOCA DEL PARTO. <Artículo modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

- 1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.*
- 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, 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.**
- 4. Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de*



siete (7) años de edad, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público.

PARAGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 1 de la Ley 755 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

<Apartes tachados INEXEQUIBLES> La licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente. ~~En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia.~~

El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.”

En cuanto a la protección especial de la materna, el Código señala:

“Artículo 239. PROHIBICION DE DESPEDIR. <Artículo modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.
2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.
3. La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado.”

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

“No existe, en estricto sentido, un derecho fundamental a la conservación del trabajo o a permanecer determinado tiempo en cierto empleo. No obstante, en virtud de las particulares garantías que señala la Constitución, alguno sujetos tienen especial protección a su estabilidad laboral, como es el caso de las mujeres en estado de embarazo, los trabajadores aforados, y las personas limitadas por la debilidad manifiesta en que se encuentran -. La Corte ha señalado que la protección laboral reforzada no es de carácter absoluto, lo cual implica que si bien estos sujetos no pueden ser despedidos sin motivación alguna, y mucho menos cuando el motivo de la desvinculación sea la razón que los hace merecedores de la especial protección laboral, sí lo pueden ser cuando exista justa causa para esto



y tal despido se dé bajo los parámetros del debido proceso. Estos sujetos constitucionalmente cualificados pueden ser desvinculados de su cargo, pero **corresponde al empleador demostrar que existió una justa causa de despido que lo motivara.** De no probarse uno de estos motivos legalmente señalados en el régimen laboral, el despido se entenderá inválido. Además, el despido no puede darse con la sola mediación de la voluntad justificada del empleador. Para algunos de los sujetos de especial protección **se requiere, por ley, una autorización de la oficina del trabajo.**"² (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En el caso de las mujeres embarazadas, el Código Sustantivo del Trabajo expresa que se hace necesario obtener previamente un permiso para el despido, así:

1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el {empleador} necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario.

2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el {empleador} para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículo 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.

3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

La Corte Constitucional, en otra oportunidad manifestó³:

"(...) La Corte se ha pronunciado reiteradamente sobre el plexo de derechos constitucionales que constituyen la especial protección de la mujer en embarazo y el derecho correspondiente a la estabilidad en el empleo. En este sentido, es relevante, pese a su extensión, transcribir un aparte de la Sentencia C- 470 de 1997, en el cual la Sala Plena de la Corporación indicó: "(...). Estos múltiples fundamentos constitucionales muestran que, tal y como lo ha indicado la Corte en reiteradas oportunidades, la mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante; el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va ser madre, o que acaba de serlo".

En las condiciones planteadas se pregunta la Corte si la mujer embarazada, tiene derecho constitucional fundamental a no ser desvinculada de su empleo por razón de su estado de gravidez...

7. La jurisprudencia constitucional ha reiterado que la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una "estabilidad laboral reforzada". Este derecho parte del reconocimiento de que la gestación de un hijo puede dar lugar a graves medidas de discriminación laboral en contra de la futura madre, por las complicaciones y costos que, en términos administrativos y financieros, ello puede generar. No obstante, a la luz de la Constitución, puede afirmarse que resulta equitativo que sea la sociedad - y no la futura madre - quien debe absolver las dificultades que implica la gestación y el parto, y en consecuencia, el Estado está en la obligación de fortalecer o reforzar los mecanismos que aseguran, entre otras cosas, la estabilidad en el empleo de la mujer embarazada. En este sentido la Corporación ha indicado, por ejemplo, que el despido de la mujer por razón de su estado de gestación es ineficaz y, por

² Sentencia 991 de 2004 Corte Constitucional Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

³ Sentencia T-494 del 4 de mayo de 2000.



lo tanto, procede el reintegro además del pago de los emolumentos dejados de recibir y las indemnizaciones a las que haya lugar.

8. *El derecho a no ser discriminada por razón del embarazo - del cual surge el derecho a una estabilidad laboral reforzada - se encuentra consagrado, entre otros, en los artículos 43 y 53 de la Constitución. (...)*.(Subrayado y negrilla fuera de texto)

De otra parte, el Ministerio de la Protección Social ha conceptualizado lo siguiente:

*“Es claro entonces la especial protección constitucional a la mujer en estado de embarazo, siendo del resorte de las autoridades brindar las correspondientes garantías para hacer efectiva la estabilidad laboral reforzada, protección que se traduce en el hecho a **no ser despedida del empleo por razón de su estado de gestación, o por encontrarse en el disfrute de la licencia de maternidad, independientemente de que su vinculación este regulada por una relación legal y reglamentaria o por un contrato laboral.***

*Sin embargo, en el caso de la **contratista de prestación de servicios profesionales que se encuentra estado de embarazo, al no tener un vínculo laboral, no se le aplicaría la estabilidad laboral reforzada propia de quien tiene la condición de empleada o trabajadora; no obstante lo anterior, como cotizante al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, conforme a lo dispuesto en el artículo 207 de la Ley 100 de 1993, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por la E.P.S. a la cual se encuentra afiliada siempre y cuando cumpla con las condiciones y requisitos establecidos en la normatividad vigente (numeral 2 del Artículo 3 del Decreto 047/00 y artículo 21 del Decreto 1804/99) y a la prestación de los servicios de salud del Plan Obligatorio de Salud - POS.**”⁴ (Subrayado fuera de texto)*

En este orden de ideas, la maternidad goza de especial protección constitucional y legal y tiene incidencia directa en el contrato de trabajo (independientemente de la forma de vinculación, bien sea legal, reglamentaria o mediante contrato laboral), dado que el despido queda prohibido y la relación sólo se puede terminar por justa causa previa autorización del Inspector de Trabajo.

Es importante hacer una precisión en cuanto a las contratistas de prestación de servicios, en donde, por regla general, al no existir relación laboral, no gozan de esta especial protección del Estado, salvo que se demuestre que la realidad material de la relación es de carácter laboral y no contractual. En efecto, la Corte Constitucional ha indicado sobre el tema, lo siguiente:

*“Específicamente, respecto de mujeres en gestación a quienes les es terminado su vínculo de trabajo **en ejecución de contratos de prestación de servicio, la Corte ha brindado similar protección que cuando se trata de contratos típicamente laborales**, para lo cual ha acudido a los mismos criterios fácticos mencionados atrás.*

(...)

*Esto, porque la Corte no ignora que **si bien, en principio, un contrato de prestación de servicios de orden estrictamente civil y de duración naturalmente definida, excluye cualquier tipo de relación laboral, es claro que en algunas ocasiones este tipo de contrato, es utilizado por los empleadores públicos y privados para distraer la configuración de una relación laboral y el pago consecuente de las prestaciones que causa este tipo de relación.**”⁵ (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

⁴ Concepto 0058040 del 2 de marzo de 2009

⁵ Sentencia T-687/08. Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO



En consecuencia, si del contrato de prestación de servicios así denominado, se logra establecer una verdadera relación laboral, la mujer gozará de la protección laboral reforzada.

3. Conclusiones.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir lo siguiente:

- a. Los docentes de vinculación especial no tienen la calidad de contratistas de prestación de servicios, dado que dicha forma fue declarada inexequible por la Corte Constitucional estableciendo que este tipo de docentes tiene una relación laboral especial.
- b. Bajo este entendido, es el empleador el que debe asumir, de manera porcentual, los respectivos aportes a seguridad social de estos docentes.
- c. Con base en lo anterior y que existe una verdadera relación laboral, la protección laboral reforzada por causa del embarazo, es plenamente aplicable a este tipo de trabajadores.

Agradezco de antemano su atención y colaboración.

Cordialmente,


LUISA FERNANDA LANCHEROS PARRA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

C.C. División de Recursos Humanos

Elaboró: Omar Barón. Abogado Oficina Asesora Jurídica