

MUJER EMBARAZADA – Estabilidad laboral reforzada. Fuero de maternidad. Presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Mujer en embarazo. Requisitos para la extensión del fuero de maternidad / CONTRATISTA EMBARAZADA – Puede extenderse la protección laboral reforzada si se dan los presupuestos de una relación laboral / CONTRATO DE PRESTACION SE SERVICIOS - No es jurídicamente posible igualarlo con los efectos y la protección que brinda la ley al contrato de trabajo y a la relación legal y reglamentaria

La estabilidad reforzada laboral de la mujer en embarazo tiene por objetivo impedir que cualquier trabajadora, por razón o causa del embarazo, sea despedida. De allí que la presunción legal entiende que el despido tiene por motivo el embarazo o la lactancia, cuando durante la gestación o dentro de los tres meses siguientes al parto se termina la relación laboral, sin justa causa para ello, sin observación de los procedimientos legales establecidos y sin la autorización del inspector de trabajo. Coherentemente, si se presentan estas circunstancias, la mujer tiene derecho a ser indemnizada y su empleador la debe mantener contratada durante el lapso en que ella goza de la licencia de maternidad. Ahora bien, como en el presente asunto se debate la extensión del fuero de maternidad para la actora, quien celebró contrato de prestación de servicios con la entidad accionada, es necesario retomar las precisiones que sobre el tema ha hecho la jurisprudencia constitucional. Según la Corte Constitucional, las mujeres cuyo contrato de prestación de servicios termina en la época de la gestación son beneficiarias de la misma protección que las mujeres que se encuentran en una relación laboral típica. Sin embargo, esa Corporación precisó 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”. De manera que es necesario, en primera medida, verificar en cada caso si se dan los presupuestos de la relación laboral. (...) Entonces, el juez de tutela sólo podrá intervenir cuando esté en presencia de situaciones excepcionales en las que resulte evidente la vulneración del principio de la supremacía de la realidad frente a las formalidades en materia laboral y, por motivo de ella, la afectación de derechos fundamentales acompañada de la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Así las cosas, para que el juez de tutela pueda pronunciarse sobre la aplicación de la protección laboral reforzada a una mujer cuya relación se da en virtud de un contrato de prestación, mas no de una relación laboral ordinaria o legal y reglamentaria, debe ser incontrovertible que su vínculo con la entidad contratante lo subyace realmente una relación laboral, es decir, la que tiene los siguientes elementos: i) que la actividad contratada es cumplida personalmente por la contratista; ii) que existe continua subordinación o dependencia de la contratista frente a la entidad contratante, lo que faculta a ésta para exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, todas estas circunstancias deben mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y iii) el pago de un salario como retribución del servicio. Si y solo si en el caso existe certeza sobre la relación laboral, el juez de tutela puede intervenir para proteger el fuero de estabilidad reforzada de la mujer en embarazo. Esta posición fue sostenida de forma reiterada por la Corte Constitucional hasta la sentencia T-069 del 4 de febrero de 2010, cuando decidió conjuntamente varios casos de mujeres cuya relación laboral terminó en la época del embarazo. En el fallo de tutela en comentario, sin consideración al tipo de vínculo laboral, pues en la misma revisión la Corte decidió por un lado, controversias sobre el despido de mujeres con

contrato de trabajo y, por otro, casos en que la terminación del contrato de prestación coincidió con la época del embarazo, se concedió la protección al fuero de estabilidad laboral reforzada. Sin embargo, la Sala estima que la posición que debe prevalecer para la solución del caso es la anterior al fallo T-069 de 2010, habida cuenta de que no es jurídicamente posible igualar los efectos y la protección que brinda la ley al contrato de trabajo y a la relación legal y reglamentaria con el contrato de prestación de servicios.

FUENTE FORMAL: CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTICULO 23 / CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTICULO 24

NOTA DE RELATORIA: Sobre la protección laboral reforzada a contratista por prestación de servicios en estado de embarazo: Corte Constitucional, sentencias T-687 de 2008, MP. Jaime Córdoba Triviño, T-501 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-056 de 2007, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-069 de 2010.

MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO - Requisitos para la protección al fuero de maternidad. No es procedente la protección a la estabilidad laboral si el despido es consecuencia de una causa justificada o una razón objetiva y no de la gestación

Ahora bien, la protección al fuero de maternidad sólo es viable y, en consecuencia, habrá lugar a conceder el amparo cuando se presenten los requisitos que se enuncian a continuación, los cuales, desde luego, se aplicarán para los casos en que exista contrato de prestación de servicios en lo que no resulte incompatible con esta figura jurídica. Dichos requisitos son: (I) Que el despido se ocasione durante el período amparado por el “fuero de maternidad”, esto es, que se produzca en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; (II) que a la fecha del despido el empleador conociera o debiera conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley; (III) que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique; (IV) que no medie autorización expresa del inspector del trabajo, si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública; y (V) que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer. Frente a los anteriores requisitos es preciso señalar que, si la terminación del vínculo laboral o contractual tiene sustento en una justa causa o en una razón objetiva, distinta al embarazo o lactancia, la cual debe estar avalada, previamente por la autoridad de trabajo competente, si es del caso, no hay lugar a la protección del fuero de maternidad, pues éste no implica la inamovilidad laboral de la mujer embarazada, sino la garantía de que la finalización del vínculo laboral es producto, precisamente, de una justa causa.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los requisitos para la protección laboral reforzada: Corte Constitucional: T-373 de 1998, T-426 de 1998, T-362 de 1999, T-879 de 1999, T-375 de 2000, T-778 de 2000, T-832 de 2000, T-352 de 2001, T-404 de 2001, T-206 de 2002, T-961 de 2002, T-862 de 2003, T-1138 de 2003, T-1177 de 2003, T-848 de 2004, T-900 de 2004, T-173 de 2005, T-176 de 2005, T-185 de 2005, T-291 de 2005, T-006 de 2006, T-021 de 2006, T-546 de 2006, T-589 de 2005, T-807 de 2006, T-1003 de 2006, T-1040 de 2006, T-354 de 2007, T-546 de 2007.

TERMINACION DE CONTRATO DE MUJER EMBARAZADA - No hay discriminación si se da por causas legales y objetivas / FUERO DE MATERNIDAD A MUJER VINCULADA POR CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - No es posible extenderlo si la relación contractual termina por causas legales y no por el embarazo

En el caso concreto, si bien es cierto que la terminación del contrato de la actora coincidió con su embarazo y la entidad accionada tuvo conocimiento de la gravidez antes del vencimiento del plazo contractual; también lo es que no hay prueba de que la finalización de la relación jurídica entre la contratante y la contratista tuvo motivo diferente al cumplimiento de dicho plazo. Esta conclusión resulta inconcusa porque, por Oficio 87111 del 14 de septiembre de 2010, es decir, antes de que la actora tuviera conocimiento de su estado de embarazo, lo cual aconteció el 25 de septiembre de 2010, y de que lo pusiera en conocimiento de la entidad accionada, el 27 del mismo mes, la Directora de Vigilancia Fiscal de la Contraloría Delegada para el Medio Ambiente informó a la Gerente Administrativa y Financiera de la Contraloría General de la República que su dependencia [*a la que pertenecía la actora*] no requería de personal adicional para el cumplimiento de la función de vigilancia fiscal porque, en el primer semestre de 2010 casi había quedado cumplida la función. Recuérdese que la actora se vinculó a la accionada por contrato de prestación de servicios, lo que en términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 sólo es posible cuando la planta de personal de la entidad contratante no es suficiente para cumplir sus funciones o cuando éstas requieren de personal con conocimientos específicos. De manera que, si está probado que la terminación del contrato que la actora celebró con la Contraloría General de la República obedeció única y exclusivamente a que el plazo contractual y la labor contrata se cumplieron, no es posible aplicar el fuero de maternidad en el caso en estudio, pues la razón de ser de esta protección no es otra que evitar la discriminación laboral de la mujer embarazada, lo que se repite no aconteció en el *sub lite*. Aunado a lo anterior, los otros requisitos para la aplicación del fuero de maternidad tampoco se cumplieron. Como acertadamente lo advirtió el *a quo*, no era necesario que la Contraloría pidiera permiso al inspector del trabajo para la terminación del mencionado contrato, en la medida que éste se rige por la normativa del Estatuto de la Contratación Estatal y no por el Código Sustantivo del Trabajo.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 32

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero Ponente: MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá, D.C, catorce (14) de marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-15-000-2010-03232-01(AC)

Actor: SONIA CAROLINA CHACON BARRANTES

Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA

La Sala decide la impugnación que presentó la parte actora contra la sentencia del 28 de octubre de 2010 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Cuarta- Subsección “A” que decidió:

*“1. Se **NIEGA** la tutela interpuesta por la señora SONIA CAROLINA CHACÓN BARRANTES, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído (...).”*

ANTECEDENTES

1. La solicitud

La señora **Sonia Carolina Chacón Barrantes** promovió acción de tutela contra la Contraloría General de la República para que se protegieran sus derechos fundamentales al mínimo vital y estabilidad reforzada de la maternidad. En consecuencia, pidió (fl. 1):

*“(...) Ordenar a la **CONTRALORIA (sic) GENERAL DE LA REPUBLICA (sic)** y/o quien corresponda que en el término de 48 horas despliegue las acciones pertinentes a restituir la relación legal y reglamentaria (contrato de prestación de servicios profesionales) vigente a la fecha de la comunicación de mi estado de embarazo; con el fin de que junto a mi menor hijo próximo a nacer, seamos protegidos por el sistema de seguridad social, adicionalmente se nos garanticen los derechos al mínimo vital, estabilidad reforzada de la maternidad, y si es el caso, en consecuencia ordene a la entidad accionada cancelar (sic) a mi favor los valores correspondientes a la licencia de maternidad en el evento de verse afectada la misma por la omisión del pago, generada por la falta de los recursos suficientes para los aportes al sistema de seguridad social, junto con las prerrogativas a que hayan lugar”.*

2. Hechos

Esta petición se fundamentó en los hechos que se sintetizan así (fls. 1 y 2):

2.1. El 29 de enero de 2010 la actora celebró el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales 0645 con la Contraloría General de la República, por valor de \$24'000.000 y con plazo de ejecución de 8 meses, contados a partir del día hábil siguiente a la comunicación de que la contratante había aprobado la póliza de cumplimiento del contrato, es decir desde el 1 de febrero de 2010.

2.2. Desde el 13 de julio de 2010 la actora fue asignada al “*equipo Auditor PAR Inurbe en Liquidación (sic)*”.

2.3. El 25 de septiembre de 2010 la actora se enteró de que estaba en embarazo. El 27 del mismo mes informó su situación a la líder del equipo auditor, Sandra Ramos, Directora de Vigilancia Fiscal y a Érica Viñas Romero, Delegada (E) para el Medio Ambiente. Y, por oficio con radicación 2010ER80718 del 28 de septiembre de 2010 pidió a la Contralora General, doctora Sandra Morelli Rico, la aplicación del fuero de estabilidad laboral reforzada al que tenía derecho por su embarazo, de conformidad con las sentencias de la Corte Constitucional T-549, T-440, ambas de 2008, y T-069 de 2010.

2.4. Según la actora el 27 de septiembre de 2010 “*la Dra Morelli manifestó a los diferentes medios de comunicación la necesidad de la contratación de un grupo de*

abogados especializados que ejecutarían el plan de choque de investigaciones fiscales, con ocasión de los desórdenes en los trámites citados”. Sin embargo, no fue tenida en cuenta para dicho proceso, a pesar de que cuenta con la idoneidad profesional.

2.5. El 11 de octubre de 2010 la Gerente de Gestión Administrativa y Financiera de la Contraloría informó a la actora que *“no existe la obligación (...) de proceder a la prórroga en razón de su estado de embarazo”*.

2.6. La tutelante adujo que, por la terminación del contrato con la accionada [30 de septiembre de 2010], se encuentra sin los recursos necesarios para su manutención y la de su hijo gestante. Por la misma razón, tampoco pudo continuar el pago de los aportes a seguridad social, por lo que la EPS le indicó que no recibiría el dinero por la licencia de maternidad.

2.7. La actora estimó que fue objeto de discriminación por la accionada que, sin motivación y de manera discrecional, se abstuvo de prorrogar el contrato de prestación de servicios.

3. Trámite de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Cuarta- Subsección “A”, por auto del 15 de octubre de 2010, admitió la solicitud de tutela y vinculó la Contraloría General de la República a la actuación (fls. 31 y 32).

4. Contestación

El apoderado de la Contraloría General de la República afirmó que la entidad no vulneró los derechos alegados por la actora y se opuso a la solicitud de tutela con los argumentos que se resumen a continuación:

El contrato que celebró la tutelante con la Contraloría terminó el 30 de septiembre de 2010 por vencimiento del plazo para su ejecución. Este negocio jurídico tuvo fundamento en las previsiones de la Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, lo que descarta de plano la existencia de una relación laboral entre las partes y cualquier forma de discriminación para la contratista. En efecto, el vínculo jurídico mencionado tenía previsto, desde antes de su perfeccionamiento, el plazo, el objeto y las obligaciones, por lo que el embarazo de la accionante no es motivo para que, en derecho, se pueda concluir el deber de celebrar un contrato nuevo.

Respecto del derecho a la estabilidad laboral reforzada para las mujeres en gestación y lactancia, de acuerdo con los artículos 43 y 53 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional ha precisado como supuestos de hecho de esa protección, que se materializa en la orden de reintegro de la mujer si es que fue desvinculada por razón del embarazo junto con el pago de salarios, indemnizaciones y prestaciones sociales, los siguientes:

- i) Que el despido haya tenido lugar durante la gestación o el periodo de la lactancia; ii) que el empleador haya conocido con anterioridad a la desvinculación el estado de embarazo o que éste sea notorio; iii) que el despido se haya hecho sin cumplir los requisitos legales, es decir, la autorización del inspector del trabajo, lo cual para el caso de los contratos de prestación de servicios no tiene aplicación, en razón de la naturaleza del vínculo jurídico; iv) que el despido se haya dado en razón del embarazo y no por circunstancias objetivas que lo hubieran justificado; y v) que el despido

amenace el mínimo vital de la madre o del *nasciturus*.

Dichas condiciones en el asunto en estudio no se cumplen comoquiera que, la actora no fue despedida ni desvinculada de un cargo del Sistema Especial de Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República, por el contrario, dada su condición de contratista, su vínculo con la entidad estaba supeditado al plazo de ejecución del contrato.

Si bien es cierto que la actora comunicó a la entidad su embarazo, también lo es que por esa situación las condiciones del contrato no variaron. Ni siquiera era del caso pedir autorización al inspector del trabajo para dar por terminada la relación contractual en la medida que, el contrato de prestación de servicios está regulado por las normas del Estatuto de la Contratación Estatal y no por el Código Sustantivo del Trabajo.

Como el contrato terminó por vencimiento del plazo convenido por las partes, la actora no tiene sustento para alegar ni demostrar que su embarazo tuvo incidencia en el fin de la relación jurídica con la accionada y, por contera, se desvirtúa la vulneración de los derechos fundamentales de la contratista, lo cual se corrobora con el hecho de que ella no probó cómo la terminación del contrato afectó su mínimo vital.

El eventual menoscabo a la seguridad social de la actora no es imputable a la Contraloría porque, para el caso de los contratos de prestación de servicios el pago de los aportes a salud y pensión es responsabilidad exclusiva del contratista, al punto que el contrato lo prevé como obligación de esa parte. De manera que, en la presente controversia no se configura ninguno de los elementos requeridos para que el juez de tutela proteja el fuero de estabilidad laboral reforzada de la accionante, pues, simplemente ella no lo tiene.

Es importante insistir en que el contrato entre la actora y la entidad no terminó por el embarazo sino porque su plazo venció, además, la labor contratada se cumplió. Esta posición tiene sustento en la normativa de los contratos estatales y se refuerza con el concepto que rindió el Gerente Administrativo y Financiero de la Contraloría, en oficio del 8 de octubre de 2010, conforme al cual *“no existe la obligación (...) de proceder a la prórroga en razón del estado de embarazo, es de advertir que para efectos de estudiar una eventual ampliación de la contratación para apoyar el ejercicio de la vigilancia de la Gestión Fiscal de la Contraloría General de la República, determinar si efectivamente existía la necesidad de la entidad en continuar con esos servicios, en consonancia con las normas propias de la contratación pública, tales como: plan de contratación, estudios previos, disponibilidad de recursos, anualidad de caja la cual supone la imposibilidad de asumir compromisos con cargo a apropiaciones del año fiscal que se cierra donde los saldos de apropiación no afectados por compromisos, caducarán sin excepción”*.

Por demás, en materia de contratación estatal no es posible invocar la figura de la renovación de contratos, habida cuenta de que ni la Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 ni sus decretos reglamentarios la prevén, cosa diferente a lo que sucede en el Derecho Civil o Comercial en los cuales sí es posible acudir a ella.

Ahora bien, la solicitud de tutela es improcedente, por una parte, porque no existió vulneración de derechos fundamentales y, por otra parte, porque la acción pertinente para resolver las pretensiones de la accionante es la de controversias contractuales, toda vez que, escapa a las competencias del juez constitucional

reconocer derechos derivados del contrato de prestación de servicios.

Aunado a lo anterior, el Ministerio de la Protección Social, máxima autoridad administrativa en materia laboral, por Concepto 105504 del 21 de abril de 2008 señaló que *“la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada se predica respecto de la existencia de una relación de carácter laboral bien sea pública o privada, situación que no se presenta frente a la ejecución de un contrato u orden de prestación de servicios, ya que por esencia el mismo legalmente no constituye una relación laboral por tal razón, es claro entonces que el principio de estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada no es aplicable frente a las relaciones contractuales de prestación de servicios que se presenta en el sector público (...)”* (negrita en el texto).

5. Fallo impugnado

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Cuarta- Subsección “A”, mediante fallo del 28 de octubre de 2010, negó la tutela porque:

La jurisprudencia constitucional indica que, en principio, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para resolver las controversias originadas en la finalización de los vínculos laborales pues, para ello debe acudir a las acciones ordinarias ante las jurisdicciones Ordinaria – Laboral y Contencioso Administrativa. Sólo en situaciones excepcionales, cuando es evidente el desconocimiento del principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas en materia laboral, circunstancia que causa para la accionante la vulneración de derechos fundamentales y la configuración de un perjuicio irremediable, es posible la intervención del juez de tutela.

En cuanto a la protección del fuero de estabilidad reforzada para las mujeres trabajadoras en embarazo, con independencia del vínculo laboral o civil bajo el cual se encuentren, es viable la protección por vía de tutela. Empero, si se trata de un vínculo que no implique relación laboral, es indispensable que en el asunto se encuentren los elementos constitutivos de ella, a saber: i) que la trabajadora desempeña una actividad personal; ii) la cual se hace de forma subordinada o dependiente del empleador, lo que se refleja en el cumplimiento de órdenes impartidas por éste; y iii) que la trabajadora recibe un salario como retribución.

Si se demuestra la existencia de la relación laboral, es necesario verificar los elementos *sine qua non* de la protección del fuero de estabilidad reforzada por la maternidad. Estos son: i) que el despido o la desvinculación suceda durante el embarazo o la lactancia; ii) que la desvinculación se efectúe sin los requisitos legales pertinentes en cada caso; iii) que el empleador conozca o deba conocer el estado de embarazo de la trabajadora; iv) que el despido amenace el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulte evidente en la terminación de la relación laboral y; v) que al momento de retiro de la trabajadora embarazada subsistan las causas del contrato de trabajo y no haya causal objetiva que justifique el retiro.

En el caso concreto, la actora no aportó ningún elemento que permitiera inferir que entre ella y la entidad accionada existía una relación laboral, tampoco de los elementos probatorios que se encuentran en el expediente es posible inferir esa relación. Mucho menos, está acreditado el estado de embarazo de la solicitante, pues no obra prueba que dé fundamento a su dicho, aunque la accionada no controvierte este punto.

Es claro que la terminación del contrato se produjo el 30 de septiembre de 2010,

esto es, después de que la accionante informó a la Contraloría sobre su embarazo; sin embargo, el fin de la relación contractual se dio por el cumplimiento del plazo previsto por las partes del contrato, circunstancia que no requería la aprobación del inspector del trabajo porque, no se trataba de un vínculo regulado por el Código Sustantivo del Trabajo.

La actora sostiene que derivaba su sustento del pago del contrato con la accionada; aunque no hay prueba de este hecho, con aplicación del principio de buena fe se tiene por cierto. Pero, frente al pago de salarios y prestaciones que reclama, no hay lugar a su reconocimiento, pues el Consejo de Estado, en sentencia del 4 de agosto de 2009, C.P. doctor Luis Rafael Vergara Quintero, expediente 2009-00692-01, precisó que el juez de tutela no puede ordenar el pago de la licencia de maternidad cuando no hubo prueba de la existencia de la relación laboral y, por el contrario, sí de que la contratista era quien pagaba sus aportes a la seguridad social.

Ahora bien, no está demostrado que la terminación del vínculo contractual de la actora obedeció a razones objetivas diferentes al cumplimiento del plazo. Esto se constató con el hecho de que la Dirección de Vigilancia Fiscal de la Contraloría Delegada para el Medio Ambiente [*dependencia para la cual fue contratada la tutelante*], antes de tener información sobre el embarazo, indicó a la Oficina de Planeación y a la Delegada de Economía y Finanzas de la Contraloría que no había necesidad de renovar los contratos relacionados con las funciones de esa dependencia. En otras palabras, la causa de la terminación del contrato obedeció estrictamente a razones del servicio, pues la labor contrata había finalizado.

Además, no existe prueba de que a otras personas contratadas para las mismas tareas que la accionante hubiesen renovado sus contratos con la entidad. Si este hecho estuviera demostrado, sin duda alguna, habría un trato discriminatorio a la actora, que es lo que precisamente protege el fuero de maternidad (fls. 68 a 83).

6. Impugnación

6.1. La actora impugnó el fallo de primera instancia al momento de la notificación (fl. 83 reverso).

6.2. En escrito con el que sustentó la impugnación sostuvo que:

El tribunal afirmó que no estaba probado que otras personas hubiesen prorrogado sus contratos para el desempeño de labores similares a las que fueron objeto de su contrato. La prueba de esta situación no estaba a su cargo sino que correspondía a la entidad accionada en la medida que ella fue quien vulneró sus derechos fundamentales. Además, actualmente la Contraloría cuenta con apoyo de contratistas en la Dirección de Vigilancia Fiscal de la Contraloría Delegada para el Medio Ambiente.

El 25 de septiembre de 2010 tuvo conocimiento de su estado de embarazo, mediante una prueba cuantitativa que le practicó un laboratorio particular [*de la que aportó copia*]; luego en consulta médica del 2 de noviembre de 2010 en la EPS Sánitas corroboró su estado. En ese orden de ideas, el *a quo* no debió poner en duda su gravidez, sino que debió aplicar la presunción de veracidad de los hechos, de conformidad con el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

Como los recursos para su sostenimiento y el de su hijo en gestación los obtenía del contrato con la entidad accionada, desde su terminación ya no cuenta con

ellos. A esta situación se aúna que tampoco puede cubrir los aportes en seguridad social, por lo que la EPS le informó que no le reconocería la licencia de maternidad.

Sí ha sido objeto de discriminación por la Contraloría porque, la falta de renovación del contrato de prestación de servicios afecta sus derechos fundamentales al trabajo, igualdad, mínimo vital, salud, dignidad humana, protección a la maternidad y a los menores de un año (fls. 84 a 88).

6.3. Después de la sustentación de la impugnación, la actora allegó: i) copias de los contratos 790 del 20 de octubre de 2010 (fls. 100 a 103) y 001 del 12 de enero de 2011 (fls. 104 a 107) celebrados entre Érica Leonor Bustos Martínez y la entidad accionada para *“la prestación de servicios profesionales para apoyar el ejercicio de la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República en la Contraloría Delegada para el Medio Ambiente”*, los cuales tienen el mismo objeto al suscrito entre ella y la Contraloría el 29 de enero de 2010 (fls. 108 a 115). ii) Copia de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá –Sala Penal- del 12 de octubre de 2010, que decidió la tutela que ejerció Érica Leonor Bustos Martínez contra la Contraloría General de la República con fundamento en similares hechos a los de la presente acción. En esta providencia dicho tribunal amparó el derecho fundamental al mínimo vital de la accionante y ordenó al señor Contralor General de la República *“renueve a (...) ERICA (sic) LEONOR BUSTOS MARTÍNEZ el contrato de prestación de servicios profesionales para apoyar la vigilancia de la gestión fiscal en la Contraloría Delegada para el sector Medio Ambiente”* (fls. 116 a 130). Esta decisión fue confirmada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por sentencia del 26 de noviembre de 2010 (fls. 131 a 143).

CONSIDERACIONES

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, faculta a toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que así se autoriza.

Dada su naturaleza subsidiaria, esta acción sólo procede cuando no existen otros medios de defensa judicial para amparar los derechos fundamentales invocados, o en su defecto, siempre que ello sea necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio de protección.

1. Problema Jurídico

Se trata de determinar si para el caso concreto de la actora, quien celebró contrato de prestación de servicios profesionales con la Contraloría General de la República, puede ser beneficiaria de la protección a la estabilidad reforzada a la mujer embarazada, de conformidad con el artículo 43 de la Constitución Política.

2. Lo que está probado en la actuación

2.1. La actora celebró el contrato de prestación de servicios profesionales 0645 del 29 de enero de 2010 con la Contraloría General de la República para “*apoyar el ejercicio de la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República en la Contraloría Delegada para el sector del medio ambiente*”. El plazo de ejecución del contrato era de 8 meses, esto es, desde el 1 de febrero de 2010 hasta el 30 de septiembre de 2010, por valor de \$24'000.000 (fls. 6 a 13).

2.2. Por Oficio 87111 del **14 de septiembre de 2010** la Directora de Vigilancia Fiscal de la Contraloría Delegada para el Medio Ambiente respondió el memorando que le presentó la Gerente Administrativa y Financiera de la Contraloría General de la República, en el que solicitó información sobre los requerimientos de personal para el cumplimiento del presente Plan General de Auditorías. En dicho oficio se indicó: “al respecto le informo que en la Dirección de Vigilancia Fiscal de la Contraloría delegada para el Medio Ambiente *no se requiere de personal adicional en virtud a que durante el primer semestre se realizaron las auditorías a la mayor parte de los sujetos de control, de acuerdo a los lineamientos y requerimientos de la Oficina (sic) Planeación y la Delegada de Economía y Finanzas. Es así, que durante este segundo semestre, las actuaciones programadas y pendientes por iniciar no requieren de nuevos apoyos*” (subrayado fuera del texto).

2.3. **El 25 de septiembre** de 2010 la actora se practicó una prueba cuantitativa de embarazo. Según los resultados del examen para la fecha de la muestra la tutelante se encontraba entre la sexta y séptima semana de gestación. Es importante destacar que este examen fue aportado al expediente solo hasta la impugnación (fls. 89 y 90).

2.4. Por derecho de petición **del 27 de septiembre de 2010** la actora informó a la entidad accionada su estado de gravidez y pidió que se prorrogara el contrato de prestación de servicios, para lo cual invocó la estabilidad laboral reforzada para la mujer en embarazo (fls. 15 y 16).

2.5. Con Oficio 2010IE53053 **del 5 de octubre de 2010** la Directora la Oficina Jurídica (E) de la Contraloría respondió el derecho petición de la actora, en éste indicó que, dada la condición de contratista de aquélla, no era posible extender la protección del fuero de estabilidad laboral reforzada y, por ende, tampoco se podía prorrogar el contrato de prestación de servicios (fls. 23 a 27). Esta decisión fue puesta en conocimiento de la actora mediante comunicación de la misma fecha (fl. 21).

3. Solución del caso

La estabilidad reforzada en materia laboral para la mujer en embarazo o lactancia tiene fundamento constitucional en el artículo 43 Superior¹ y desarrollo legal en el Código Sustantivo del Trabajo que prevé una presunción en los artículos 239 y 240, así:

“Artículo 239: 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. 2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivos del embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin la autorización de que trata el

¹ Artículo 43 de la Constitución Política: 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.

artículo siguiente. 3. La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene el derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiera lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, al pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo si no lo ha tomado”

“Artículo 240: 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. / El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 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.”

En ese orden de ideas, la estabilidad reforzada laboral de la mujer en embarazo tiene por objetivo impedir que cualquier trabajadora, por razón o causa del embarazo, sea despedida. De allí que la presunción legal entiende que el despido tiene por motivo el embarazo o la lactancia, cuando durante la gestación o dentro de los tres meses siguientes al parto se termina la relación laboral, sin justa causa para ello, sin observación de los procedimientos legales establecidos y sin la autorización del inspector de trabajo. Coherentemente, si se presentan estas circunstancias, la mujer tiene derecho a ser indemnizada y su empleador la debe mantener contratada durante el lapso en que ella goza de la licencia de maternidad.

Ahora bien, como en el presente asunto se debate la extensión del fuero de maternidad para la actora, quien celebró contrato de prestación de servicios con la entidad accionada, es necesario retomar las precisiones que sobre el tema ha hecho la jurisprudencia constitucional.

Según la Corte Constitucional, las mujeres cuyo contrato de prestación de servicios termina en la época de la gestación son beneficiarias de la misma protección que las mujeres que se encuentran en una relación laboral típica². Sin embargo, esa Corporación precisó 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”*³.

De manera que es necesario, en primera medida, verificar en cada caso si se dan los presupuestos de la relación laboral. Desde luego, como esta controversia es de orden legal, pues su solución pasa por el cumplimiento de los requisitos de los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, su conocimiento corresponde a la Jurisdicción Ordinaria en la especialidad laboral o a la Contencioso Administrativa, según la clase del vínculo laboral. Entonces, el juez de tutela sólo

² Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-687 de 2008, MP doctor Jaime Córdoba Triviño.

³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-501 de 2004. MP doctora Clara Inés Vargas Hernández.

podrá intervenir cuando esté en presencia de situaciones excepcionales en las que resulte evidente la vulneración del principio de la supremacía de la realidad frente a las formalidades en materia laboral y, por motivo de ella, la afectación de derechos fundamentales acompañada de la ocurrencia de un perjuicio irremediable⁴.

Así las cosas, para que el juez de tutela pueda pronunciarse sobre la aplicación de la protección laboral reforzada a una mujer cuya relación se da en virtud de un contrato de prestación, mas no de una relación laboral ordinaria o legal y reglamentaria, debe ser incontrovertible que su vínculo con la entidad contratante lo subyace realmente una relación laboral, es decir, la que tiene los siguientes elementos: i) que la actividad contratada es cumplida personalmente por la contratista; ii) que existe continua subordinación o dependencia de la contratista frente a la entidad contratante, lo que faculta a ésta para exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, todas estas circunstancias deben mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y iii) el pago de un salario como retribución del servicio.

Si y solo si en el caso existe certeza sobre la relación laboral, el juez de tutela puede intervenir para proteger el fuero de estabilidad reforzada de la mujer en embarazo. Esta posición fue sostenida de forma reiterada por la Corte Constitucional hasta la sentencia T-069 del 4 de febrero de 2010⁵, cuando decidió conjuntamente varios casos de mujeres cuya relación laboral terminó en la época del embarazo. En el fallo de tutela en comentario, sin consideración al tipo de vínculo laboral, pues en la misma revisión la Corte decidió por un lado, controversias sobre el despido de mujeres con contrato de trabajo y, por otro, casos en que la terminación del contrato de prestación coincidió con la época del embarazo, se concedió la protección al fuero de estabilidad laboral reforzada.

Sin embargo, la Sala estima que la posición que debe prevalecer para la solución del caso es la anterior al fallo T-069 de 2010, habida cuenta de que no es jurídicamente posible igualar los efectos y la protección que brinda la ley al contrato de trabajo y a la relación legal y reglamentaria con el contrato de prestación de servicios. De allí que es oportuno retomar los argumentos expuestos en el salvamento parcial de voto que hizo el doctor Humberto Sierra Porto a la aludida sentencia, así:

(...) En mi opinión, la sentencia está dando un trato igual a todos los casos cuando de la lectura de los hechos se desprende que cada uno tiene particularidades que generaría resoluciones diferentes. Así, respecto de las vinculaciones por orden de servicio y por contrato de prestación de servicios se debió conceder la acción de tutela de manera transitoria, ya que el juez constitucional no tiene que abarcar la órbita del juez ordinario a efectos de definir y determinar si en los casos de la vinculación por prestación de servicios existe o no vinculación laboral (...)

(...)

En efecto, el principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales permite determinar la situación real en que se encuentra

⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-687 de 2008, MP doctor Jaime Córdoba Triviño.

⁵ Cfr. entre otras, sentencias T-056 del 1 de febrero de 2007, MP doctor Marco Gerardo Monroy Cabra y T-687 de 2008, MP doctor Jaime Córdoba Triviño.

el trabajador respecto del patrono, la realidad de los hechos y las situaciones objetivas surgidas entre éstos. Debido a esto es posible afirmar la existencia de un contrato de trabajo y desvirtuar las formas jurídicas mediante las cuales se pretende encubrir, tal como ocurre con los contratos civiles o comerciales o aún con los contratos de prestación de servicios.

En todo caso, este asunto es estrictamente legal y se debe solucionar ante las jurisdicciones laboral o contenciosa administrativa, pues son las competentes para conocerla y decidir tales asuntos. Sólo en situaciones excepcionales, cuando el desconocimiento del principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales vulnera derechos fundamentales de los trabajadores, llegando al punto de causar un perjuicio irremediable, o cuando los jueces han negado su aplicación de manera manifiestamente infundada, la jurisprudencia constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela para la protección de los derechos conculcados (...).”

Ahora bien, la protección al fuero de maternidad sólo es viable y, en consecuencia, habrá lugar a conceder el amparo cuando se presenten los requisitos que se enuncian a continuación, los cuales, desde luego, se aplicarán para los casos en que exista contrato de prestación de servicios en lo que no resulte incompatible con esta figura jurídica. Dichos requisitos son:

- i) Que el despido se ocasione durante el período amparado por el “fuero de maternidad”, esto es, que se produzca en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto;
- ii) que a la fecha del despido el empleador conociera o debiera conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley;
- iii) que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique;
- iv) que no medie autorización expresa del inspector del trabajo, si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública; y
- v) que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer⁶.

Frente a los anteriores requisitos es preciso señalar que, si la terminación del vínculo laboral o contractual tiene sustento en una justa causa o en una razón objetiva, distinta al embarazo o lactancia, la cual debe estar avalada, previamente por la autoridad de trabajo competente, si es del caso, no hay lugar a la protección del fuero de maternidad, pues éste no implica la inamovilidad laboral de la mujer embarazada, sino la garantía de que la finalización del vínculo laboral es producto, precisamente, de una justa causa.

Concretamente, para el asunto en estudio se tiene que, de los documentos aportados por las partes al expediente y de las alegaciones hechas por ellas, no hay evidencia si quiera mínima de que entre la actora y la accionada existió una relación

⁶ Cfr. entre otras las sentencias: T-373 de 1998, T-426 de 1998, T-362 de 1999, T-879 de 1999, T-375 de 2000, T-778 de 2000, T-832 de 2000, T-352 de 2001, T-404 de 2001, T-206 de 2002, T-961 de 2002, T-862 de 2003, T-1138 de 2003, T-1177 de 2003, T-848 de 2004, T-900 de 2004, T-173 de 2005, T-176 de 2005, T-185 de 2005, T-291 de 2005, T-006 de 2006, T-021 de 2006, T-546 de 2006, T-589 de 2005, T-807 de 2006, T-1003 de 2006, T-1040 de 2006, T-354 de 2007, T-546 de 2007.

laboral; por el contrario, **tanto la tutelante como la Contraloría coinciden en que entre ambas existió un vínculo por el contrato de prestación de servicios profesionales 0675 del 29 de enero de 2010, nada más y nada menos.**

Por esta sola circunstancia estaría descartada la tutela de los derechos que invoca la solicitante, pues, se repite, únicamente frente a la existencia de una relación laboral incontrovertible, el juez constitucional puede proteger la estabilidad laboral reforzada de la mujer en gestación.

Pero sumada a la anterior consideración, del estudio de los requisitos de aplicación de la protección laboral reforzada a la maternidad se llega a la misma conclusión, es decir, que en el presente caso no hay lugar a conceder la tutela.

En efecto, si bien es cierto que la terminación del contrato de la actora coincidió con su embarazo y la entidad accionada tuvo conocimiento de la gravidez antes del vencimiento del plazo contractual; también lo es que no hay prueba de que la finalización de la relación jurídica entre la contratante y la contratista tuvo motivo diferente al cumplimiento de dicho plazo.

Esta conclusión resulta inconcusa porque, por Oficio 87111 del **14 de septiembre de 2010**, es decir, antes de que la actora tuviera conocimiento de su estado de embarazo, lo cual aconteció **el 25 de septiembre de 2010**, y de que lo pusiera en conocimiento de la entidad accionada, **el 27 del mismo mes**, la Directora de Vigilancia Fiscal de la Contraloría Delegada para el Medio Ambiente informó a la Gerente Administrativa y Financiera de la Contraloría General de la República que su dependencia *[a la que pertenecía la actora]* **no requería de personal adicional para el cumplimiento de la función de vigilancia fiscal** porque, en el primer semestre de 2010 casi había quedado cumplida la función.

Recuérdese que la actora se vinculó a la accionada por contrato de prestación de servicios, lo que en términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 sólo es posible cuando la planta de personal de la entidad contratante no es suficiente para cumplir sus funciones o cuando éstas requieren de personal con conocimientos específicos.

De manera que, si está probado que la terminación del contrato que la actora celebró con la Contraloría General de la República obedeció única y exclusivamente a que el plazo contractual y la labor contrata se cumplieron, no es posible aplicar el fuero de maternidad en el caso en estudio, pues la razón de ser de esta protección no es otra que evitar la discriminación laboral de la mujer embarazada, lo que se repite no aconteció en el *sub lite*.

Aunado a lo anterior, los otros requisitos para la aplicación del fuero de maternidad tampoco se cumplieron. Como acertadamente lo advirtió el *a quo*, no era necesario que la Contraloría pidiera permiso al inspector del trabajo para la terminación del mencionado contrato, en la medida que éste se rige por la normativa del Estatuto de la Contratación Estatal y no por el Código Sustantivo del Trabajo.

Y la tutelante no aportó ningún medio probatorio que acreditara que por la terminación del contrato de prestación de servicios se amenaza su mínimo vital y el del *nasciturus*. Nadie más que la actora estaba en condición de demostrar los gastos en que incurre para la satisfacción de sus necesidades mínimas; empero, más allá de sus manifestaciones no aportó a la actuación sustento alguno de aquéllos. Coherentemente, no es posible inferir que la terminación de la relación contractual supone para la accionante la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Hasta aquí no se advierte ninguna razón para revocar el fallo objeto de impugnación.

Por otra parte, la tutelante allegó al expediente copia del fallo del Tribunal Superior de Bogotá –Sala Penal- del 12 de octubre de 2010, que en un caso similar al suyo concedió el amparo y ordenó a la Contraloría General de la República renovar el contrato de prestación de servicios que celebró con Érica Leonor Bustos Martínez. Esta decisión fue confirmada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de noviembre de 2010.

Sobre el particular, la Sala, desde luego, es respetuosa de las decisiones de las otras autoridades judiciales, pero, con fundamento en el artículo 230 de la Constitución Política, pone de presente que esta decisión obedece a su interpretación y aplicación de la normativa llamada a regir el caso y a la valoración probatoria hecha en los párrafos precedentes.

Por demás, el artículo 48 [2] de la Ley 270 de 1996 prevé que las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.

En consecuencia, por las razones expuestas, se confirmará la sentencia del *a quo* que negó la acción de tutela.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

1.- **CONFÍRMASE** la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta- Subsección “A” del 28 de octubre de 2010, dictada en la acción de tutela que ejerció **Sonia Carolina Chacón Barrantes** contra la Contraloría General de la República.

2.- **NOTIFÍQUESE** a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3.- **REMÍTASE** el expediente el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de esta providencia al Despacho de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

MURICIO TORRES CUERVO
Presidente de la Sección

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

