

FUERO DE MATERNIDAD EN CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON ENTIDADES PÚBLICAS

Por: Ivonne Ochoa Parra y Juan Rey Sardoth*¹

Resumen

La jurisprudencia nacional en temas de fuero de maternidad emitida por la Corte Constitucional y acogida en su mayoría por el Consejo de Estado en los temas contenciosos, ha brindado un tratamiento distinto a la estabilidad reforzada por fuero de maternidad en las relaciones laborales, pues en los nexos surgidos mediante contrato de prestación de servicios vemos que este fuero no se encuentra legalmente implícito, es por ello y con el fin de entender cómo funciona este fuero y la relevancia de los Altos Tribunales y de sus decisiones, se procederá a analizar el fuero de maternidad según lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo y la operatividad de esta estabilidad en las relaciones jurídico-civiles entre una entidad pública y una mujer embarazada, teniendo presente en principio la protección constitucional y legal no se podría predicar de los vínculos regidos por un contrato distinto al de trabajo.

Palabras Claves

Fuero De Maternidad – Jurisprudencia – Contratos – Primacía De La Realidad – Entidad Pública – Trabajador

Abstract

The national jurisprudence on issues of maternity jurisdiction issued by the Corte Constitucional and received mostly by the Consejo de Estado -on contentious issues-, has provided a different treatment to the stability reinforced by maternity court in labor relations, since in the nexuses arising through a contract for the provision of services we see that this jurisdiction is not legally implied, that is why and in order to understand how this jurisdiction works and the relevance of the High Courts and their decisions, we will proceed to analyze the maternity court as established in the Labor Code and the operation of this stability in legal-civil relations between a public entity and a pregnant woman, bearing in mind in

¹ ¹ Estudiantes que presentan este artículo como requisito para obtener el título de Especialistas en Derecho

principle the constitutional and legal protection could not be predicated of the bonds governed by a contract other than work.

Key Words

Maternity Court - Jurisprudence - Contracts - Primacy Of Reality - Public Entity - Worker

Introducción

En Colombia existen diversas formas de vinculación a una entidad pública, la contratación estatal es una de ellas, la Ley 80 de 1993 conocida como el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en su Título III, artículo 32 establece que, será contrato estatal todo acto jurídico generador de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el estatuto, y prevé y define los contratos que podrán denominarse estatales, así: 1. Contrato de Obra, 2. Contrato de Consultoría, 3. Contrato de Prestación de Servicios, 4. Contrato de Concesión, 5. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública.

Sobre el contrato de prestación de servicios el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública estipula:

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (Ley 80 de 1993, Artículo 32)

Señala el Estatuto que este tipo de contratos no generan relación laboral ni prestaciones sociales, son vínculos de carácter civil y no laboral, por lo tanto la relación surgida a partir del mismo, no se encuentra sujeta a la legislación del trabajo y no es considerado un contrato laboral, al no existir relación directa entre empleador y trabajador, es decir, el contratante no está en la obligación de pagar prestaciones sociales, generando en ciertas ocasiones violaciones a los derechos y garantías constitucionales de los “trabajadores” especialmente aquellos que son sujetos de especial protección.

La jurisprudencia nacional estableció límites al contrato de prestación de servicios, como una forma de protección al trabajador, buscando que este tipo de vínculo contractual no supla los contratos de trabajo y las garantías constitucionales que trae consigo una relación laboral.

Se debe recordar que la relación empleador – trabajador, surgida con ocasión a la existencia de un contrato de trabajo, trae consigo la protección de derechos fundamentales como, el derecho a la vida y a la integridad física del trabajador, el respeto y protección a la vida privada y a la honra, el derecho a la libertad de conciencia, de cultos, de expresión, sindical, así como derecho a no ser sujeto de los actos discriminatorios, entre otros. Y de ella, también devienen garantías legales y constitucionales, tales como, salario, auxilio de transportes, horas extras, prima, cesantías, vacaciones, intereses de las cesantías, seguridad social (Salud, pensión, riesgos), etc.

Con respecto al derecho a no ser sujeto de actos discriminatorios se basara parte de este escrito, puesto que en este encuentra su fundamento el FUERO DE MATERNIDAD, que en palabras de la Corte Constitucional “consiste en garantizar a la mujer trabajadora su “derecho efectivo a trabajar” independientemente de la alternativa laboral en la que se encuentre”. (SU 070 de 2013)

La protección a la mujer, especialmente a la mujer en estado de embarazo y en etapa de lactancia encuentra su fundamento en los artículos: 43 de la Constitución Política, 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 2, 6 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), 11 y 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y en los artículos 3 y 6 del Pacto de San Salvador. Estas normativas impulsan la protección a la mujer pues buscan crear condiciones de igualdad con los hombres y en su conjunto consagran el derecho a trabajar para todas las personas sin distinciones de sexo.

Previo al análisis de si existe o no presencia del fuero de maternidad en los contratos de prestación de servicios es preciso revisar el concepto del Consejo de Estado sobre los contratos de prestación de servicios al ser la máxima instancia de la jurisdicción Contenciosa Administrativa, es por esa razón que uno de los objetivos de este texto es examinar la posición del Consejo de Estado frente a este tipo de contratos.

El Consejo de Estado en reiteradas ocasiones se ha referido a los contratos de prestación de servicios, los ha definido y ha dado trato cuando se trata de un vínculo con entidades estatales, esbozando puntos claves en los contratos de prestación de servicios, como la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituyendo estos como elementos esenciales de este contrato.

Luego de conocer la posición del Alto Tribunal de lo Contencioso en cuanto a los contratos de prestación de servicios, se busca establecer cuál ha sido su precedente jurisprudencial en lo referente a la estabilidad reforzada por fuero de maternidad, pues se

considera necesario tener claro las protecciones o restricciones en el tema para saber el margen de acción al momento de pretender la salvaguarda de derechos constitucionales en las relaciones civiles/laborales que se entablan con el Estado. Seguidamente, se pretende determinar los factores tenidos en cuenta por el Consejo de Estado para declarar la existencia de la estabilidad reforzada y continuar con el vínculo contractual existente entre las partes (Entidad pública - Sujeto protegido).

Lo esbozado anteriormente, se logrará a través de un análisis jurisprudencial realizado a las decisiones emitidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, porque si bien el asunto a tratar es de carácter administrativo laboral los cimientos del tema se encuentran en sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, al ser el máximo protector de la Constitución y los derechos en ella consagrados, por ende no es prudente o siquiera procedente obviar las sentencias emitidas por este, pues allí se encuentra el sustento de decisiones tomadas en la jurisdicción contenciosa.

La presente investigación se realiza porque se observa que el contrato de prestación de servicios es el medio más utilizado por las empresas para contratar su personal, principalmente las entidades del estado, pues por su naturaleza civil el contrato de prestación de servicios es la forma más ventajosa para quien va contratar un servicio. En el mismo sentido, se encuentra que se puede estar abusando de esta figura al recurrir a ella como herramienta de reducción de gastos y no generadora de obligaciones laborales para con los trabajadores.

En ese escenario de “abuso”, la salvaguarda brindada a la mujer en estado de embarazo se ve resquebrajada cuando esta se encuentra vinculada a una empresa -pública o privada- mediante un contrato de prestación de servicios, pues por su esencia civil, este tipo de contratos no generan vínculo laboral entre las partes, por lo tanto la embarazada no posee en primera medida el fuero de maternidad que cobija a aquellas que están vinculadas a la entidad mediante contrato laboral, los derechos a que se hacen acreedoras son totalmente diferentes.

Es por ello, y con base a esta “desigualdad” que la jurisprudencia, especialmente la constitucional, ha sentado unos “límites o parámetros” al dictaminar que todas las mujeres sin importar la relación contractual que tengan con la empresa donde trabajan son sujetos de protección si al estar vinculadas con la entidad salen embarazadas y cumplen unos factores especiales.

Sin embargo, la jurisprudencia en reiteradas oportunidades ha dicho que si bien se tiene que garantizar la estabilidad reforzada a través de la continuidad en todos los tipos de contratos, también ha establecido que cuando se trata de contratos de prestación de servicios y la labor para que la mujer fue contratada finalice, es decir, no exista la necesidad de contratar nuevamente personal para ejercer esa labor, no está el empleador en la obligación

de contratar nuevamente a la mujer embarazada; es en este punto donde existe una dicotomía en la estabilidad dada por el fuero de maternidad en las contratistas por prestación de servicios, porque si bien es cierto que se tiene que proteger la vida y garantizar por medio de ese contrato la estabilidad económica de la madre y por ende el bienestar del que está por nacer, no es menos cierto que a una empresa no se le puede obligar a contratar un personal que no necesita, pues la labor que generaba la necesidad ceso.

- **Posición Del Consejo De Estado Frente A Los Contratos De Prestación De Servicios.**

Previo al análisis de si existe o no presencia del fuero de maternidad en los contratos de prestación de servicios es preciso revisar el concepto del Consejo de Estado sobre los contratos de prestación de servicios al ser la máxima instancia de la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

El Consejo de Estado en reiteradas ocasiones se ha referido a los contratos de prestación de servicios, los ha definido y ha dado trato cuando se trata de un vínculo con entidades estatales, sin embargo vale la pena mencionar que antes que el Consejo de Estado, los honorables Magistrados de la Corte Constitucional, ya se habían adelantado y establecieron o comentaron las diferencias que existían entre un contrato de prestación de servicios y un contrato laboral.

Nos encontramos que en la sentencia C - 154 de 1997, la Corte Constitucional indicó el momento cuando las entidades estatales deben contratar personal por prestación de servicios:

El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados (Sentencia C. 154 / 97)

Por su parte el Consejo de Estado se ha pronunciado respecto de los contratos de prestación de servicios en numerosas ocasiones y donde ha dejado claro su posición frente a este tipo de contratación, la cual considera que un contrato de prestación de servicios es aquel que vincula a una persona natural para suplir funciones dentro de una entidad estatal cuando el personal de la planta global de esta entidad no de abasto con las actividades o funciones asignadas, también se puede contratar mediante este contrato cuando se vaya a desarrollar una actividad o función especializada y el personal que tiene la entidad no lo puede asumir. De tal manera que este tipo de contratos son de vinculación excepcional y no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, ya que este se desempeña como un empleado independiente.

Aunque la autoridad contenciosa tiene una percepción propia sobre la prestación de servicios no se desliga de la jurisprudencia constitucional y la rememora en sus pronunciamientos y los toma para sí, entonces queda claro que ambas posturas no difieren entre sí, tanto la Corte constitucional como el Consejo de estado dejan sus postulados claros cuando se refieren a este tema específico y es que existen tres preceptos o tres elementos que se deben cumplir a la hora de suscribir un contrato de prestación de servicios con una entidad pública y son los siguientes :

- Que la prestación del servicio a contratar no sean funciones propias, ni permanentes de la entidad estatal.
- Que las funciones que va ejercer el personal a contratar, no las pueda ejercer los funcionarios de la planta global.
- Que se requiera de conocimientos especializados para ejercer alguna actividad dentro de la entidad estatal.

Todo lo expuesto anteriormente, con el fin de garantizar los derechos de los servidores públicos y los principios de la administración pública.

En resumidas cuentas el Alto Tribunal señala, que los contratos de prestación de servicios solo se permiten en los casos en los cuales la función de la administración no puede ser realizada por personas pertenecientes a la planta de la entidad oficial contratante, o porque dentro de esta exista la necesidad de conocimientos especializados. Además, explico que la prestación del servicio en estas relaciones se da autonomía e independencia técnica y profesional por parte del contratista.

Uno de los elementos esenciales de este tipo de contratos, es el de la autonomía e independencia del contratista, desde su punto de vista técnico y científico. Esto se traduce en que el contratista tiene la disponibilidad sobre un margen de discrecionalidad amplio, en el momento de ejecutar la labor pactada y dentro del tiempo o plazo fijado, en resumidas palabras el contratista no debe cumplir un horario fijado por la entidad contratante, solo se debe ceñir a la realización del objeto contractual.

En los contratos de prestación de servicios se debe tener en cuenta que estos tienen una vigencia temporal y, por tal motivo, su duración debe ser por tiempo limitado, el cual debe ser el necesario para ejecutar el objeto contractual convenido. Cuando se del caso de que las actividades pactadas dentro del contrato se vuelvan permanentes e indefinidas por parte de la entidad, es necesario que dicha entidad adopte medidas para no ir en contravía del artículo 122 de la Constitución Política, el cual requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta de la entidad y deben estar previstos sus emolumentos en el presupuesto de esta.

Para desvirtuar un contrato de prestación de servicios, se debe atacar la existencia o no del requisito de subordinación, es decir si el contratista logra demostrar que hubo una

subordinación continuada, que al realizar sus actividades no hubo autonomía e independencia, le surgen al contratista el derecho al pago de sus prestaciones sociales dado que se convierte en un contrato realidad, teniendo en cuenta el principio de prevalencia de realidad sobre la formalidad en la relaciones laborales.

Sin embargo, el Consejo de Estado se ha pronunciado en reiteradas sentencias sobre este tema, ya que existen miles de demandas diarias contra las entidades públicas sobre este tema y es que no es tan sencillo demostrar la subordinación por parte de la entidad contratante, se ha dicho entonces que no solo porque se desempeñan funciones similares a la de los empleados de planta, se debe declarar contrato realidad, ni tampoco porque se labore en la sede de la entidad esto da lugar a declararlo. El contratista puede recibir instrucciones sobre la correcta prestación del servicio, cumplir determinados horarios, rendir un informe de las actividades realizadas, sin que estos motivos den lugar para que exista una subordinación continuada, por el contrario para que exista una excelente coordinación entre las partes contratantes es decir, la entidad contratante y el contratista, de esta manera se logra una correcta ejecución del contrato y un buen uso de los recursos del estado, con el fin de prestar un servicio eficiente.

- **Jurisprudencia Contenciosa Administrativa En Estabilidad Reforzada Por Fuero De Maternidad.**

Cuando se habla de estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad se debe analizar primero en que consiste la estabilidad laboral reforzada, se determina que se ha implementado como un mecanismo con el fin único de brindar protección laboral, a todas esas personas que tengan una condición especial y que esta pueda crear una tendencia que conlleve a la vulneración de sus derechos en sus espacios laborales, trayendo consigo el despido por motivo de su discapacidad, así sea que el empleador no lo exprese de forma abierta o formal.

Este mecanismo no protege a todas las personas, solo a esas que tengas condiciones especiales: mujeres en estado de embarazo, mujeres en período de lactancia, directivos de los sindicatos, personas con discapacidades físicas, personas afectadas con limitaciones y pre – pensionados.

Al centrarse en la estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad, hay que remitirse al artículo 13 de nuestra Constitución Política:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional

o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (Constitución Política, art. 13)

Este artículo hace referencia al derecho de igualdad que tienen todas las personas dentro del territorio nacional y donde gozaran de las mismas condiciones sin ninguna discriminación, en este postulado tiene cimientos la estabilidad laboral reforzada, para determinar que dentro del ámbito laboral, que por el hecho de que la persona se encuentre en esa condición especial tiene un fuero y no debe existir dicha discriminación por parte del empleador.

El artículo 43 de la Constitución Política colombiana hace alusión y aquí más específica sobre la discriminación en mujeres embarazadas, la cual no debe ser sometida a discriminación alguna, además antes, durante y después del parto gozara de una atención y protección especial por parte del Estado, esto nos indica que el Estado desde su misma naturaleza y esencia busca proteger a las mujeres cuando estén en su etapa de embarazo y después de ella, nunca desampararla por tal motivo el mismo creo este mecanismo para salvaguardarlas.

Entonces nos damos cuenta de que existe con esto un fuero que tienen las mujeres en estado de embarazo, denominado fuero de maternidad, el cual consiste en garantizar a la mujer empleada, su derecho efectivo a trabajar, sin importar la forma de vinculación laboral que tenga.

Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado en reiterados fallos de jurisprudencia han establecido a las Mujeres en estado de embarazo el derecho a continuar vinculadas a su actividad laboral para así garantizar los medios económicos que sean necesarios para afrontar todos los gastos del embarazo como también la manutención del recién nacido. Este fuero de maternidad del que se habla solo procede cuando exista una relación laboral o una prestación de un servicio y pues que se demuestre 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.

La Corte Constitucional habla sobre el principio de estabilidad y dice que este no es un principio fundamental, ya que este comienza a tener amparo cuando entra a tener conexión con un derecho que si lo es, en este caso el derecho a la tutela, es de ahí que a este se le da cabida a través de la tutela.

Sin embargo hay excepciones y casos donde es imposible la renovación o el reintegro de estas personas con esta condición, de tal manera que es procedente reconocer las cotizaciones de la seguridad social, desde la cesación de la relación laboral hasta el momento que la mujer acceda a la prestación económica de la licencia de maternidad.

La sentencia SU-070/13 de la Corte Constitucional expuesta por el Magistrado Alexei Julio Estrada, es la regla jurisprudencial que da luces sobre el tema de la estabilidad laboral reforzada, para mujeres que están contratadas mediante un contrato de prestación de servicios administrativos y se encuentran en estado de embarazo. Aquí el juez debe determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando una existencia de una autentica relación laboral, es decir, se encuentra bajo un contrato realidad. Partiendo de lo anterior las madres gestantes o en periodo de lactancia que desarrollen sus labores bajo la modalidad de prestación de servicios, no pueden ser despedidas argumentando que el plazo para la ejecución del contrato llego a su fin, pues el empleador debe demostrar que: primero que no subsiste el objeto para el cual se celebró el contrato de prestación de servicios y segundo que las causas que dieron origen a la contratación desaparecieron.

Por su parte las sentencias de la Corte Constitucional T -1097 de 2012 expuestas por el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva y T-598 de 2012 por la Magistrada María Victoria Calle Correa, nos exponen que en el evento que el objeto del contrato de prestación de servicios no desaparezca, debe entenderse que la madre gestante o en periodo de lactancia tienen derecho al pago de honorarios desde el momento mismo de la renovación de contratos o la firma de otros distintos que encubre la continuidad en el desarrollo del mismo.

Entonces para que exista la protección al fuero a la maternidad en un contrato de prestación de servicios, se requiere: i. La constatación de que tras la formalidad del contrato de prestación de servicios se consolida un verdadero contrato laboral del cual es posible desprender una expectativa constitucional de estabilidad en el trabajo, ii. La necesidad de que la terminación del mismo se presenta como un hecho discriminatorio contra la mujer, lo cual puede desprenderse de la terminación anticipada del contrato, iii. La continuidad de la labor desarrollada por la mujer gestante.

El Consejo de Estado ha sido enfático cuando se trata de estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad y así lo demuestra en esta sentencia al explicar lo siguiente:

Como principio de igualdad, la mujer embarazada goza de derecho a no ser desvinculada de su empleo, a menos que exista una razón suficiente y admisible que permita su desvinculación.

Bajo este contexto se ha señalado que el fuero de maternidad no sólo involucra prerrogativas económicas en favor de la trabajadora embarazada, sino también garantías de estabilidad en el empleo, por lo que los despidos en ese periodo se presumen, que son consecuencia de la discriminación que el ordenamiento jurídico reprocha. De esta forma, le corresponde al empleador desvirtuar tal presunción, explicando de manera suficiente y razonable que el despido o la desvinculación del cargo no se produjo por causa del embarazo, sino que se presentó una razón objetiva que lo habilitó para efectuar la desvinculación.

Lo anterior, aplicando al caso, permite establecer que la especial protección constitucional de la servidora pública durante el periodo de gestación ó dentro de los tres meses siguientes al parto, cualquiera que sea el tipo de su vinculación, impone una carga argumentativa específica del acto administrativo que la retira del servicio. (Sentencia T- 1153/00)

De lo anterior se deduce que el fuero de maternidad no solo hace referencia a la protección de índole económico sino también a la estabilidad laboral que se debe tener en cuenta y que en la mayoría de los casos es vulnerada, que no importa el tipo de vinculación laboral que se tenga hay que tener en cuenta la estabilidad reforzada de madre gestante o en estado de lactancia.

Cabe traer a referencia otra sentencia del Consejo de Estado que resume todo lo anteriormente expuesto y que explica brevemente que es la estabilidad laboral reforzada:

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 observancia 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. (Exp 25000-23-15-000-2010-03232-01)

El Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han sido muy enfáticos en estos temas y han dejado resaltado claramente como fijando preceptos que entrelazados obligan al empleador a respetar el derecho que tiene la mujer en estado de embarazo y que si no lo hace, esta mediante tutela puede reclamar su derecho vulnerado, haciendo alusión al mecanismo de la estabilidad laboral reforzada a mujer gestante o en estado de lactancia.

- Estabilidad Reforzada y Continuidad del Vínculo Contractual Existente entre las Partes.

En lo esbozado anteriormente se clarificaron los conceptos fuero de maternidad y contrato de prestación de servicios y las prerrogativas que trae cada uno, es decir, por un lado se estableció que el fuero de maternidad es una estabilidad reforzada dirigida a la protección de las mujeres en edad reproductiva y laboral, brindada por el Estado a través del ordenamiento jurídico y que sirve de mecanismo de protección, al propiciar una igualdad efectiva a la mujer en la sociedad, ya que le permite desarrollar su ser biológico al darle la posibilidad de ser madre sin que por ello sea objeto de discriminación y su ser profesional al blindar su participación en el mundo laboral al momento de quedar en estado de embarazo.

Y por el otro, se entendió que el contrato de prestación de servicios es una forma de vinculación a una entidad privada o pública mediante la cual se mantiene una relación jurídico civil entre las partes, por ende este tipo de contratos no trae consigo las protecciones propias de un contrato laboral, a menos que a través de este se quiera ocultar una verdadera relación laboral y evitar con esto el gasto que generan estas relaciones en cuanto a las prestaciones sociales que acarrearán, situación donde hace presencia el principio de primacía de la realidad sobre la forma que conlleva a la declaración de existencia del contrato realidad entre las partes en conflicto, si se cumplen con una serie de requisitos.

Entonces, se tiene que en un contrato de prestación de servicios entre una mujer embarazada/lactante y una entidad pública, en principio no hay lugar a la puesta en marcha de la estabilidad reforzada por fuero de maternidad pues la existencia de la misma se predica únicamente de relaciones laborales regidas por contratos de trabajo.

Con respecto a la “desprotección” que sufre la mujer embarazada vinculada a una entidad mediante contrato de prestación de servicios, la Corte Constitucional profirió la sentencia de unificación 070 de 2013, la cual fue un parte aguas en el tema, y en ella el Tribunal Constitucional indicó que independientemente del vínculo que una a las partes, la mujer gestante siempre será sujeta de protección, porque la razón de ser del fuero de maternidad es “garantizar el derecho efectivo a trabajar” de la mujer sin tener en cuenta la opción laboral en la que se encuentre.

En cuanto a las vinculaciones por contrato de prestación de servicios en la sentencia SU 070 de 2013 el Alto Tribunal determinó así mismo que:

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.

El Consejo de Estado hizo lo propio y acogió esta tesis en sus sentencias, es por ello que a partir del año 2013 en la jurisprudencia contenciosa administrativa se puede observar que aquellas relaciones regidas por contrato de prestación de servicios y que en la realidad ocultaban una verdadera relación laboral donde se veían comprometidos los derechos fundamentales de la mujer en estado de embarazo o lactante y por ende los derechos del que está por nacer, se les aplicaba el fuero de maternidad en los parámetros estipulados para los contratos a término fijo, según lo determinado en su momento por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación, al señalar que era la modalidad contractual que más se asemejaba al de prestación de servicios al tratarse de un contrato temporal cuya duración es por un tiempo limitado.

Esto quiere decir que, si en el caso en concreto existen los supuestos necesarios para declarar la existencia de un contrato realidad y por ende aplicar la protección de la estabilidad

reforzada por embarazo se aplicaran en la resolución del conflicto los parámetros estipulados para los contratos a término fijo, supuesto en el cual se trabajara teniendo presente dos escenarios, el empleador conocía el estado de embarazo al momento de finalizada la relación laboral o por el contrario el empleador desconocía el estado de gestación, estas situaciones traen protecciones disimiles entre sí.

La Corte Constitucional en la SU-070 de 2013 planteo que cuando el empleador conoce el estado de embarazo se deben analizar dos hechos:

1. Si la trabajadora es despedida de la entidad antes del vencimiento del contrato sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo, el despido se considera ineficaz y el juez deberá ordenar el reintegro y el pago de las erogaciones dejadas de percibir.
2. Si la trabajadora es desvinculada una vez vencido el contrato, y el empleador alega como una justa causa el vencimiento del plazo pactado el empleador tiene dos posibilidades: i) acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que este determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral donde si aún subsisten las causas del contrato el empleador deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores, o por el contrario si el inspector de trabajo determina que no subsisten las causas el empleador podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y pagar las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. ii) no acudir ante el inspector del trabajo, si lo hace el juez de tutela ordenara el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación.

La SU 070 de 2013 indica que, cuando el empleador desconoce el estado de gestación se presentan tres circunstancias:

1. Si la trabajadora es despedida antes del vencimiento del contrato y sin alegar justa causa, el juez ordenara el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación.
2. Si la trabajadora es desvinculada antes del vencimiento del contrato alegando como justa causa una distinta a la modalidad del contrato, el juez ordenara el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación.
3. Si la trabajadora es desvincula una vez vencido el contrato y se alega esto como una justa causa, la protección ordenada por el juez consistirá mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación.

Tenemos entonces, que en todos los casos la trabajadora embarazada es sujeto de protección así sea en una escala mínima, tal como es la de garantizarle el acceso a la seguridad social en salud al ordenar que el empleador deberá reconocer las cotizaciones al sistema al menos mientras dura la etapa de gestación.

Punto aparte es el tema de la continuidad del vínculo, toda vez que sin tener en cuenta si el empleador conocía o no el estado de embarazo de la trabajadora, la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, y aquellas discusiones de índole laboral, tales como las alegaciones de justa causa y las respectivas indemnizaciones deben tramitarse en la jurisdicción apropiada, no ante el juez de tutela.

La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 2 de marzo de 2017, al encontrar que a través de un contrato de prestación de servicios la entidad pública pretendía ocultar una verdadera relación laboral, y teniendo como base la tesis planteada por la Corte Constitucional, aplico los derechos provenientes de contrato laboral a término fijo y ordeno al Municipio de Consaca pagar a título de indemnización por maternidad, el valor de la remuneración que dejó de percibir entre la fecha del retiro efectivo del cargo, así como la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en pensión que corresponde asumir a la entidad pública en los términos de la ley, durante 60 días posteriores al parto, más 14 semanas de descanso remunerado a que tiene derecho como licencia de maternidad, pues la actora fue despedida con ocasión a su embarazo y encontrándose en etapa de lactancia. (Radicación No. 52001-23-31-000-2010-00505-02).

Se vale recordar que el juez administrativo teniendo en cuenta límites legales de la carrera administrativa no podrá ordenar la continuación del vínculo contractual entre las partes y convertirlo en uno laboral toda vez que los cargos de carrera en las entidades estatales están establecidos por ley y especificados en la planta de personal de la entidad y se ajustan a un presupuesto y a una disponibilidad presupuestal aprobada con anterioridad, a cambio de ello y a título de restablecimiento del derecho ordenara las indemnizaciones a que hubiere lugar, como lo hace la sentencia anteriormente referenciada.

Ahora bien, en sentencia del 14 de junio de 2018 la Sección Cuarta del Consejo de Estado, señala que aunque existe una protección clara cuando se logra demostrar la existencia de un contrato realidad no sucede lo mismo en caso contrario, es decir, no se estableció una regla de acción para aquellos casos en los que no se logra demostrar la existencia de una verdadera relación laboral y la mujer en estado de gestación reclama la protección a que tiene derecho. Sin embargo esta sección del Consejo de Estado recuerda y acoge la tesis que la Corte Constitucional esbozo en la sentencia T-310 de 2015, donde se precisó que

“Existe derecho a la estabilidad laboral reforzada cuando se trate de una relación laboral o contractual (contrato de prestación de servicios) entre un sujeto que se encuentre en estado de debilidad manifiesta y su empleador o contratante, pues lo que interesa no es la naturaleza del contrato, ya que al margen del tipo de relación jurídica que exista, lo importante es que se trata de un sujeto de especial protección constitucional”. (T-310 de 2015).

Esto significa que la estabilidad reforzada por fuero de maternidad hace presencia en cualquier relación laboral o contractual donde una de las partes sea una mujer en estado de embarazo, sin ser relevante el tipo de contrato que medie entre las partes, pues la gestante y el menor que está por nacer son sujetos de especial protección y se encuentran en una situación de debilidad manifiesta.

En por ello que el Consejo de Estado a través de dicho pronunciamiento amparo los derechos fundamentales de la actora y el interés superior del menor, ordenando al Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) que garantizara la continuidad en el contrato de prestación de servicios para que durante el periodo que comprende el fuero de maternidad y el periodo de lactancia, la actora cuente con un ingreso económico que le permita suplir sus necesidades básicas y las de su hijo, en tanto sujetos de especial protección constitucional, pues en este caso, el Tribunal Contencioso considero que el objeto contractual que dio inicio a la relación entre las partes no había cesado.

El pronunciamiento de 2015 tomado por el Alto Tribunal Contencioso plantea un escenario donde se toma un camino diferente a lo planteado por la Corte Constitucional en la SU-070 en la medida en que en esta solo se contemplaba protección si la actora lograba probar la existencia de un contrato realidad, la tesis acogida por la Sección Cuarta amplía el abanico de protección al tener en cuenta como nuevos factores de decisión la situación de debilidad manifiesta de la embarazada y si el objeto contractual había o no desaparecido.

Dicho esto se entiende que en cualquier caso, la protección de las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia se brindara siempre sin importar el tipo de contrato mediante el cual se encuentre trabajando, pues lo relevante es brindar salvaguardar los derechos del sujeto de especial protección que se encuentra en debilidad manifiesta y que por su condición debe ser protegido.

Retomando, se tiene que las entidades públicas solo pueden vincular personal mediante el contrato de prestación de servicios cuando (i) no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, (ii) cuando estas funciones no puedan realizarse con personal de planta de la entidad o (iii) cuando se requieran conocimientos especializados, toda vez que para prestar los servicios inherentes a su responsabilidad. El elemento esencial de un contrato de prestación de servicios es la autonomía e independencia del contratista, el cual no cumple horario, su vigencia es temporal se ejecutara en un tiempo limitado y netamente necesario para llevar a cabo el objeto contractual, cuando estos elementos se logran desvirtuar especialmente si se prueba que no existió independencia podemos estar frente a un contrato realidad.

Conclusiones

La estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad consiste en una garantía que da el Estado a la mujer embarazada o lactante para que le sea efectivo su derecho a laborar y

no ser objeto de discriminación por el hecho de ser madre, este fuero se encuentra amparado en la Constitución, el Bloque de Constitucionalidad, las sentencias de las Altas Cortes y en la Ley, en el caso en concreto se ha dicho que una mujer en estado de embarazo o en etapa lactante no podrá ser despedida durante la etapa de gestación ni los tres meses siguientes a la fecha de su parto o aborto.

Las Altas Cortes vía jurisprudencia han ampliado la protección predicada de contratos laborales a aquellas mujeres vinculadas a una entidad mediante contratos de cualquier índole, al establecer que sin importar la forma de vinculación la mujer embarazada siempre será sujeto de especial protección; por ello si una mujer contratista en estado de embarazo fue desvinculada de la entidad en su estado y con ocasión a este, sin una justa causa aparente y por ende su mínimo vital se encuentra en inminente riesgo de afectación podrá acudir al juez de tutela para que este haga efectivas las protecciones del caso. En el caso de la jurisdicción contenciosa y las relaciones regidas por contratos de prestación de servicios el juez de tutela deberá analizar si en este tipo de contratos no se esconde la existencia de un contrato de trabajo y otros factores relevantes.

En resumen, el Consejo de Estado desarrolla la protección por fuero de maternidad según dos contextos, el primero cuando se logra demostrar la existencia de un contrato realidad, en este supuesto se activara la estabilidad reforzada por fuero de maternidad en contratos de prestación de servicios, se harán las indemnizaciones pertinentes y/o se mantendrá el vínculo entre las partes si se logra demostrar que las causas que generaron el contrato inicial no desaparecieron siempre y cuando la constitución de la entidad y su presupuesto así lo permiten; y el segundo cuando no se logra demostrar la existencia de la relación laboral pero la gestante se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, bajo este escenario se debe analizar el riesgo y la posición de debilidad en la que se encuentra la mujer en estado de embarazo y los factores que rodean la relación entre las partes para así determinar el tipo de protección a aplicar.

Para finalizar y aunque la jurisprudencia del Consejo de Estado y de las Altas Cortes en general, reafirman las salvaguardias constitucionales que poseen los sujetos de especial protección como lo son, la mujer en estado de embarazo o etapa lactante y el que está por nacer, al dejar por sentado que sin importar el tipo de vinculación que rijan las relaciones entre la entidad pública y embarazada o el contexto en que se desarrolle la relación, la mujer como parte débil de la relación siempre estará protegida, se considera prudente y hasta cierto punto necesario que estos Tribunales impulsen una reforma legal o realicen una unificación jurisprudencial donde se recopilen todos los pronunciamientos del caso y queden sentadas las reglas de juego de las relaciones laborales o contractuales donde una parte sea una mujer en estado de embarazo o etapa lactante, para que los operadores judiciales y las partes en conflicto conozcan a ciencia cierta el escenario donde se desarrollan sus actuaciones y a partir de allí proceder.

REFERENCIAS

- Sentencia C - 154 De 1997 Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara, Bogotá D.C., 19 De Marzo De 1997
- Sentencia T - 147 De 2007, Corte Constitucional, Sala Séptima De Revisión Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, Bogotá D.C, 1 De Marzo De 2007
- Sentencia Su 070 De 2013, Corte Constitucional, Sala Plena, Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada, Bogotá D.C., 13 De Febrero De 2013
- Sentencia T-310 De 2015, Corte Constitucional, Sala Séptima De Revisión De Tutelas, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 22 De Mayo De 015.
- Sentencia C – 174 de 1997, Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara, Bogotá D.C., 19 De Marzo De 1997
- Expediente 25000-23-15-000-2010-03232-01 AC, Consejo de Estado, Sección Quinta, Magistrado Ponente: Mauricio Torres Cuervo, Bogotá D.C., 14 de marzo de 2011.
- Sentencia T- 1153 del 2000, Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Alejandro Martinez Caballero, Bogotá D.C., 1 de Septiembre de 2000.
- Sentencia T -1097/12, Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá D.C.
- Sentencia T-598/12, Corte Constitucional, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa, Bogotá D.C.
- Expediente No. 52001 23 31 000 2010 00505 02 (4066-14) - Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección “A” Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández Bogotá D.C., Dos (2) De Marzo De Dos Mil Diecisiete (2017)
- Radicación No. 52001-23-31-000-2010-00505-02 Actor: Luz Miriam Cerón Rosero Accionado: Municipio De Consacá – Centro De Salud Consacá E.S.E. Referencia: 4066-14 Asunto: Fallo Ordinario – Contrato Realidad, Bogotá D.C.
- Radicación Número: 76001-23-33-000-2017-01507-01(Ac). Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta Consejera Ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto. Bogotá, D.C., 14 De Junio De 2018.