



80112-

Bogotá, D.C.,

Doctor
ADRIANO ALFONSO PÉREZ JACOME
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Alcaldía Municipal de Yopal
alcaldia@yopal-casanare.gov.co
Diagonal 15 No. 15-21
Yopal – Casanare.

ASUNTO:–Estabilidad laboral reforzada.

1. Solicitud.

Mediante Oficio con radicado No. 2013ER0069966 el Jefe oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Municipal de Yopal - Casanare solicita a esta Oficina se emita concepto de la protección del derecho de estabilidad reforzada de la mujer embarazada vinculada mediante la modalidad de contrato de prestación de servicios, específicamente las condenas adversas a la entidad que puedan ocasionar eventualmente un detrimento patrimonial.

Debe tenerse en cuenta que las funciones constitucionales y legales, contenidas en el artículo 267 de la Constitución Política establecen que el control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

La Constitución establece con claridad la función de vigilancia y control fiscal, señalando el organismo encargado de ejercerla, ordenando también que tal facultad se debe realizar conforme a la ley. La función fiscalizadora, no implica una participación en la toma de decisiones de la administración, en el manejo de sus recursos, fondos, bienes o valores, sino del examen y control de ésta, al tiempo o después de su ejecución.

Ahora bien, la misma Constitución adopta el principio de la no intervención de la Contraloría en las actividades de la administración, cuando estipula en el inciso 4º del artículo 267 de la Carta: *"La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización."*

Este mandato es determinante, la Contraloría General de la República, no tiene aptitud legal para acometer las decisiones, de los sujetos pasivos de control fiscal, ni tampoco de quien ejerce dicho control a nivel territorial, con lo cual se procederá a indicar de manera general las normas aplicables al tema y las fuentes no formales que permitan al consultante solucionar sus interrogantes.

2. Consideraciones jurídicas:

Fuero de maternidad en relación con el carácter independiente de los contratos de prestación de servicios.

La Honorable Corte Constitucional, en Sala Plena con SU-070/13 del 13 de febrero de 2013, encontró que existen posiciones diferentes de la jurisprudencia constitucional sobre la perspectiva desde la que se debe analizar el sentido de la protección laboral reforzada de las trabajadoras gestantes y sobre cómo han de solucionarse estos casos¹ para brindar dicha protección, determinando los requisitos que permitan considerar la procedibilidad de medidas protectoras, con el propósito de *“trasladar las consecuencias tanto de las particularidades de cada modo de vinculación o prestación, como del conocimiento del embarazo por el empleador (o contratista), no a la viabilidad de la protección misma, sino a la determinación de su alcance. Es decir, se procura la protección siempre que se cumplan los requisitos, pero dicha protección tendrá un alcance distinto según la modalidad de vinculación que presenta la alternativa laboral desarrollada por la mujer gestante y según el empleador haya conocido o no del embarazo al momento del despido”*, con lo cual se determinó el sentido de la unificación jurisprudencial² y se

¹En el caso de la protección para contratos de prestación de servicios se debe tener en cuenta los antecedentes jurisprudenciales disímiles y con fundamentos encontrados: *“El análisis inició con la Sentencia T-687 del 2008. Este fallo señaló que las mujeres cuyo contrato de prestación de servicios termina en la época de la gestación son beneficiarias de la misma protección que tienen las mujeres que se encuentran en una relación laboral típica. Pero aclaró que el amparo solo se justifica en virtud de lo que se llamaría una regla de la experiencia: la tendencia de algunos empleadores a utilizar los contratos de prestación de servicios para distraer la configuración de una relación laboral. Así las cosas, concluyó que la intervención del juez de tutela solo se justifica en situaciones excepcionales, cuando exista una relación laboral incontrovertible, oculta bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios. Esa idea cambió con la Sentencia T-069. Como esa providencia señaló que la estabilidad laboral es independiente del tipo de relación contractual vigente entre la trabajadora embarazada y su empleador, la Corte prohibió desvincular a las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia, aunque su contrato sea laboral, de prestación de servicios, estén vinculadas por cooperativas o haya existido sustitución patronal”*. Ese es el argumento que debatió la Sección Quinta. (Consejo de Estado) La corporación decidió que, en el caso fallado, el amparo no era procedente, porque la tutelante y la Contraloría coincidieron en que estuvieron vinculadas a través de un contrato de prestación de servicios. Además, la mujer no demostró que la finalización de la relación jurídica tuviera un motivo diferente al vencimiento del contrato ni que su terminación afectara su mínimo vital”. 14/08/13 “Fuero de maternidad no se aplica a contratos de prestación de servicios - ambitojuridico.comJurídico www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110331.

²“Como se ve, la puntualización requerida en este contexto, comienza por el contenido de la posición inicial adoptada por la Corte Constitucional, consistente en aclarar que para la procedencia de medidas protectoras resulta exigible únicamente la demostración de que la mujer haya quedado en embarazo en desarrollo de la alternativa laboral que la vincula. Esto significa que la protección no dependerá de si la mujer embarazada notifica a su empleador su condición antes de la culminación del contrato o la relación laboral (como se dijo, esto solo determinará el alcance de la protección).

Por otra parte se explicó que la jurisprudencia ha desarrollado hipótesis cuyo contenido pretende exceder el umbral de la protección que regularmente tienen las mujeres no embarazadas y los trabajadores y contratistas en general, con el fin de configurar, justamente, una protección de carácter reforzado. Estas hipótesis han establecido, de un lado, el reconocimiento de una relación laboral entre la empleada y las empresas de servicios temporales o cooperativas de trabajo asociado. Y de otro, la presunción de que por razón del embarazo se ha dejado de renovar un contrato laboral a término fijo o uno de prestación o se ha finiquitado uno de obra, cuando no se demuestra y no lo certifica el Inspector del Trabajo, que la necesidad del servicio o del objeto del contrato o de la obra contratada ha desaparecido.

Esto implica que la Corte ha decidido aplicar la lógica de las medidas protectoras que el derecho laboral ha dispuesto para los casos de los denominados despidos sin justa causa, que buscan en últimas garantizar la estabilidad del trabajador. De este modo, en consideración de que las alternativas laborales protegidas por la Constitución no se circunscriben únicamente a la relación laboral sino también a otras opciones de subsistencia como el contrato de prestación de servicios, de cooperativismo, de servicios temporales, entre otros, entonces resulta procedente la aplicación de las medidas propias de estabilidad en relaciones laborales, a alternativas laborales sustentadas en relaciones contractuales distintas al contrato de trabajo. Y, la manifestación práctica de esta lógica es el reintegro o la renovación del contrato como medida de protección principal.

También, la Corte ha optado por proteger la alternativa laboral de las mujeres gestantes desde la óptica de la garantía de los medios económicos necesarios para afrontar tanto el embarazo como la manutención del(a) recién nacido(a). Garantía que se presume satisfecha cuando la mujer devenga salario u honorarios; luego, se deberá presumir no satisfecha cuando no los devenga. Por esta

puntualizaron de acuerdo a cada hipótesis, los lineamientos a seguir, el cual se transcribe el relacionado con el tema de consulta:

“En este orden las hipótesis resultantes son:

(...)

1. *En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral. Si bien la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la configuración de un “contrato realidad”, pues “existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales [se] puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral”^{3[63]}, en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela.*

Bajo esta lógica, deberá verificarse la estructuración material de los elementos fundamentales de un contrato de trabajo, “independientemente de la vinculación o denominación que el empleador adopte para el tipo de contrato que suscriba con el trabajador”^{4[64]}. Así, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido que los elementos que configuran la existencia de un contrato de trabajo, son (i) el salario, (ii) la continua subordinación o dependencia y (iii) la prestación personal del servicio. Por lo tanto, si el juez de tutela concluye la concurrencia de estos tres elementos en una vinculación mediante contrato de prestación de servicios de una trabajadora gestante o lactante, podrá concluirse que se está en presencia de un verdadero contrato de trabajo.

Así mismo, en el caso de contratos de prestación de servicios celebrados por el Estado con personas naturales, debe advertirse que éste únicamente opera cuando “para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional,

razón, cuando es improcedente el reintegro o la renovación, resulta viable la modalidad de protección consistente en reconocer las cotizaciones respectivas a seguridad social, después de la cesación de la relación laboral o el contrato y hasta el momento en que la mujer acceda a la prestación económica de la licencia de maternidad.

Con todo y que lo anterior indica una carga en cabeza del empleador o contratante que no tiene un sustento claro en la legislación laboral ni en la regulación de los contratos de prestación, sino en el principio constitucional de solidaridad, como una forma de concretar la protección reforzada del artículo 43 Superior; se han presentado razones de orden constitucional para sustentar dicha carga cuando no procede el reintegro o la renovación, y ni la relación laboral ni el contrato de prestación están vigentes.

45.- Las anteriores conclusiones significan que la Corte ha tomado partido por una determinada interpretación de lo que implica en Colombia la protección laboral reforzada de las mujeres embarazadas. El sustento de esta opción hermenéutica se ampara no sólo en la argumentación que estructura el discurso de la igualdad de género, en el cual esta Corte se ha inspirado para decantar la protección y su alcance en casos como los revisados en esta sentencia; sino también en -como se ha sostenido varias veces- la presencia de innumerables precedentes jurisprudenciales que no sistematizan ni brindan una solución uniforme a los puntos que se acaban de aclarar.

^{3[63]}La sentencia T-335 de 2004 determinó que “Este tipo de análisis debe realizarlo el juez de tutela, únicamente cuando existen indicios de afectación del mínimo vital del accionante o de algún otro tipo de derecho fundamental. En otros casos, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral”

^{4[64]}Ver la sentencia T-848 de 2004.

técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden^{5[65]}. Por esta razón, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que si en el contrato de prestación de servicios, privado o estatal, se llegare a demostrar la existencia de una relación laboral, "ello conllevaría a su desnaturalización y a la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo; a los artículos 1, 2 y 25 de la Carta; además a los principios de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, al de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y al de la estabilidad en el empleo.^{6[66]}

Con todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las característica del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.^{7[67]}

(...)

48.- Para finalizar, la Corte señala, en primer lugar, siguiendo las consideraciones de la presente sentencia, que tratándose de la protección constitucional reforzada a la mujer embarazada en el ámbito laboral, las reglas de procedencia de la acción de tutela, son las generales que han sido definidas en reiterada jurisprudencia. La Corte insiste en este punto, en que la acción de tutela deberá interponerse dentro de un plazo razonable.

En segundo lugar, es preciso señalar que el juez de tutela deberá valorar, en cada caso concreto, los supuestos que rodean el despido de la trabajadora, para determinar si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral. Así, por ejemplo, deberá darse un trato diferenciado si se trata de cargos de temporada o de empresas pequeñas, respecto de cargos permanentes dentro de grandes compañías o cuando la vacante dejada por la trabajadora despedida, fue suplida con otro trabajador^{8[72]}.

En tercer lugar, la Corte reitera que deberá entenderse que las reglas derivadas de la protección constitucional reforzada a la mujer embarazada y lactante que han sido definidas en estas consideraciones, se extienden por el término del periodo de gestación y la licencia de maternidad, es decir, los tres meses posteriores al parto.

Por último, la exigencia de la vulneración del mínimo vital de la madre y su hijo(a), es necesaria únicamente en la hipótesis en que se discuta la protección mediante la acción de tutela. Así las cosas, procede la acción de tutela para la protección reforzada a la maternidad

^{5[65]} Artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

^{6[66]} Ver la sentencia T-1210 de 2008.

^{7[67]} *Ibíd.*

^{8[72]} Así por ejemplo, en sentencia T-082 de 2012, la Corte Constitucional valoró las circunstancias que rodeaban los casos estudiados y la imposibilidad fáctica en la que se encontraban los empleadores de procurar el reintegro de las mujeres embarazadas. Por esta razón no ordenó el reintegro de las peticionarias y reconoció solamente la protección mínima consistente en el reconocimiento de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud para garantizarles el pago de la licencia de maternidad y la indemnización del artículo 239 del CST.

en el ámbito del trabajo, siempre que el despido, la terminación o no renovación del contrato, amenace el mínimo vital de la madre o del niño que acaba de nacer^{9[73]}. ”.

Siguiendo la misma línea, en SU-071/13 del 13 de febrero de 2013 con ponencia del Dr. ALEXEI JULIO ESTRADA, se mantiene particularmente la exclusión de protección a las trabajadoras cuyo vínculo suponga una labor independiente, como el caso de los contratos de prestación de servicios o aquel que se relaciona con las cooperativas de trabajo asociado, en donde literalmente estableció:

*“Como se deriva de la anterior exposición, desde la perspectiva legal, la protección de la mujer embarazada y de la maternidad en el ámbito laboral está circunscrita a la figura del fuero de maternidad, de modo **tal que se excluye de protección a las trabajadoras que laboran de manera independiente –contrato de prestación de servicios o mediante cooperativas de trabajo asociado-**. Así mismo, desde esta óptica, la protección aparece limitada a los casos de despido, lo cual descartaría su vigencia cuando se da por terminado el contrato laboral debido a la expiración del plazo inicialmente pactado –contratos a término fijo- o por la terminación de la obra o labor –contratos por obra o labor contratada-, que es la modalidad de contratación usualmente adoptada por las empresas de servicios temporales, ya que allí no se presenta propiamente la figura del despido.*

También quedan excluidas aquellas hipótesis en las cuales el empleador no ha tenido conocimiento del embarazo, pues el artículo 239 del CST guarda una inescindible relación con el artículo 240 del mismo estatuto, el cual establece el procedimiento que debe seguir el empleador en estos casos.

No obstante la jurisprudencia de esta Corporación ha ido ampliando el alcance de la protección laboral de la mujer embarazada al resolver casos concretos en sede de revisión de tutela”.

3. CONCLUSIÓN.

La Oficina Jurídica en ejercicio de las facultades establecidas en el artículo 43 del Decreto Ley 267 de 2000 y el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se permite conceptual:

“En el caso de la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada vinculada a través del contrato de prestación de servicios, cuál es el trámite pertinente que permite salvaguardar los derechos fundamentales de las contratistas reconocidos por los diversos fallos de tutela emitidos por la Corte Constitucional y evitar eventualmente un detrimento patrimonial?”

^{9[73]} En este sentido en la sentencia T-550 de 2006, que reitera lo establecido en la sentencia T-426 de 1998, esta Corporación señaló que “la jurisprudencia ha admitido que la terminación unilateral sin justa causa del contrato de trabajo con una mujer en período de gestación origina la violación de derechos fundamentales cuya protección es factible, en ciertas circunstancias, mediante la acción de tutela. En efecto, sobre el particular expresó que aunque la regla general es la improcedencia de la acción de tutela para obtener el reintegro al cargo por ineficacia del despido, tal regla tiene una excepción que se presenta en el caso del despido de la mujer que está en estado de embarazo, circunstancia en la cual la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se busca proteger el mínimo vital de la futura madre o del recién nacido”.

El ente territorial deberá efectuar el respectivo análisis en cada caso concreto considerando las diferentes variables particulares que de manera enunciativa, se anotaron en la consulta, así mismo deberá observar además la formulación de políticas que se hayan adoptado de prevención del daño antijurídico respecto de este tema por parte del comité de conciliación competente de conformidad con el artículo 16 del Decreto 1716 de 2009¹⁰ debiendo atender la *"Guía para la generación de política de prevención del daño antijurídico"* de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado¹¹, que permitan a la entidad evitar condenas adversas y eventualmente el daño en cabeza de un organismo determinado o sobre el patrimonio del Estado considerado en abstracto que conllevaría el pago de las mismas.

4. – ALCANCE DEL CONCEPTO.

Los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas "sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General", así como las formuladas por las contralorías territoriales "respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General", y las presentadas por la ciudadanía respecto de "la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República".

En este orden, mediante su expedición se busca "orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal" y "asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten".

Finalmente se aclara que no todos nuestros conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el Art.43, Núm. 16 del D.L.267/00,

¹⁰ "El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad". (Rayas no originales).

¹¹ Documentos especializados de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Marzo de 2013. http://www.defensajuridica.gov.co/estrategias/parametros_preencion_del_dano_v7.pdf

esta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas con la(s) dependencia(s) implicada(s).

Cordialmente,

LIGIA HELENA BORRERO RESTREPO
Directora Oficina Jurídica (E).

Proyectó. Diego Rodríguez. Contratista
N. R. 2013ER0069966.