



SALA DE CASACIÓN PENAL

TUTELA

REPORTE DE CONSULTA

CRITERIOS DE BÚSQUEDA

FECHA DE CONSULTA: Jueves 23 de Noviembre de 2017

TOTAL RESULTADOS ENCONTRADOS : 3

RESULTADOS SELECCIONADOS : 1

RELEVANTE	
SALA DE CASACIÓN PENAL - SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS	
ID	: 465771
M. PONENTE	: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
NÚMERO DE PROCESO	: T 82977
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: STP16652-2015
PROCEDENCIA	: Tribunal Superior Sala Penal de Pereira
CLASE DE ACTUACIÓN	: ACCIÓN DE TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 01/12/2015
DECISIÓN	: REVOCA CONCEDE TUTELA
ACCIONADO	: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS DANE
ACCIONANTE	: LAURA CONSTANZA RESTREPO TORO
VINCULADOS	: ENTIDADES TERRITORIALES DE LA MISMA INSTITUCIÓN CON SEDE MANIZALES Y PEREIRA, ASÍ COMO A LAS DIRECCIONES SECCIONALES DEL MINISTERIO DE TRABAJO DE RISARALDA Y CALDAS.
ACTA n.º	: 427

FUENTE FORMAL : Ley 1468 de 2011 art. 20 / Constitución Política de Colombia art. 13, 43, 53 / Código Sustantivo del Trabajo art. 23, 239, 240

ASUNTO:

En el presente caso, LAURA CONSTANZA RESTREPO TORO, solicitó protección constitucional al considerar que las autoridades accionadas vulneraron sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, al no haberle renovado el contrato de prestación de servicios, pese haber comunicado previamente su embarazo

TEMA: DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR LA MATERNIDAD - Fuero de maternidad: prohibición y permiso para despedir

Tesis:

«(...) resulta recordar, que de conformidad con los artículos 43 y 53 de , el Estado debe garantizar la protección especial de la mujer en estado de gravidez y después del parto.

Así, en el ámbito del trabajo, la protección de la gestante constituye uno de los principios mínimos fundamentales que debe orientar las relaciones laborales. Lo anterior en atención a que las normas constitucionales referentes a la protección de la mujer y la maternidad tienen "la clara finalidad de evitar la discriminación laboral de la cual venían siendo objeto las mujeres en tal estado, por la tendencia de los empleadores a considerar que el embarazo les causaba cargas de orden económico". (Sentencia T-866 de 2005)

3.1 En el marco de las normas constitucionales aludidas y de los múltiples instrumentos internacionales ratificados por el Estado, el legislador ha establecido de manera precisa las garantías y beneficios que radican en cabeza de la mujer trabajadora en estado de embarazo, durante la época del parto y el período de lactancia. Como desarrollo del derecho a la estabilidad laboral reforzada de estos sujetos de especial protección, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 20 de 1468 de 2011, dispone:

"Artículo 239. Prohibición de despedir.

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o

lactancia.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

3. Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.

4. En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término."

A su vez, el artículo 240 ibídem, establece:

"Artículo 240. Permiso para despedir.

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

2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los 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."»

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR LA MATERNIDAD - Fuero de maternidad: ineficacia del despido

Tesis:

«(...) la trabajadora que se encuentre en las circunstancias señaladas tiene derecho a conservar su trabajo, toda vez que "no producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique a la trabajadora en tales períodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionadas"».

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR LA MATERNIDAD - Fuero de maternidad: el conocimiento del embarazo por parte del empleador no es requisito determinante de la protección, si no del grado de la misma (c. j.)

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR LA MATERNIDAD - Fuero de maternidad: el conocimiento del embarazo por parte del empleador no exige formalidades (c. j.)

Tesis:

«(...) en providencia SU-070 de 2013, la Corte Constitucional además de desarrollar lo determinado en los artículos 13 y 43 de la carta política, se ocupó de unificar las diferentes posturas existentes en torno al conocimiento de parte del empleador sobre el embarazo de la ex - trabajadora; así como el alcance de la protección en función de la modalidad laboral respectiva.

3.3. Sobre el primer aspecto, se precisó que "no es requisito para establecer si existe o no protección, sino para determinar el grado de protección", indicando así que "el conocimiento del embarazo por parte del empleador da lugar a una protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y por ende un factor de discriminación en razón del sexo".

Por otra parte, agregó la falta de conocimiento "dará lugar a una protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido". (Negrillas de la Sala.)

Determinó también que el conocimiento por el empleador del estado de la trabajadora, no exige formalidades, ya que puede ser asumido directamente, por hecho notorio o por información de un tercero.»

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR LA MATERNIDAD - Fuero de maternidad - Contrato de prestación de servicios: extensión a cualquier modalidad de relación laboral o de prestación (c. j.)

DERECHO AL TRABAJO Y A LA SEGURIDAD SOCIAL - Contrato de trabajo: elementos esenciales (c. j.)

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR LA MATERNIDAD - Fuero de maternidad en el contrato de prestación de servicios - Extensión al contrato realidad: aplicación de las reglas de los contratos a término fijo (c. j.)

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR LA MATERNIDAD - Fuero de maternidad en contratos a término fijo: subreglas jurisprudenciales (c. j.)

Tesis:

«(...) en el caso de las mujeres vinculadas mediante contrato de prestación de servicios, sostuvo:

En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral. Si bien la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la configuración de un "contrato realidad", pues "existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales [se] puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral", en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela. 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". 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. Asimismo, en el caso de contratos de prestación de servicios celebrados por el Estado con personas naturales, debe advertirse que éste únicamente opera cuando "para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere

o los conocimientos especializados que se demanden". Por esta razón, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que si en el contrato de prestación de servicios, privado o estatal, se llegare a demostrar la existencia de una relación laboral, "ello conllevaría a su desnaturalización y a la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo; a los artículos 1, 2 y 25 de la Carta; además a los principios de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, al de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y al de la estabilidad en el empleo." Con todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato real, la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro de las características 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.

Reglas que fueron resumidas en la sentencia de tutela T-312/2014 de la Corte Constitucional de la siguiente manera:

3.7.1. La desvinculación se produjo antes del vencimiento del contrato y no medió autorización de la autoridad competente, por lo cual ha de aplicarse la protección derivada del fuero de maternidad, consistente en la ineficacia del despido y el subsiguiente reintegro, junto con el cubrimiento de los derechos dejados de percibir. Ello en cuanto la sentencia SU-070 de febrero 13 de 2013 reafirma el "supuesto de protección contra la discriminación" y la aplicación de "la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST".

3.7.2. Si la desvinculación acaece vencido el término del contrato y se alega como causa la terminación del plazo pactado, el contratante ha debido acudir antes del vencimiento "ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral", con esta disyuntiva:

i) Si acude y la autoridad determina que subsisten las causas del contrato, "deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores"; si determina que no subsisten las causas, "se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad".

ii) Si no se acude ante el inspector del trabajo, se reconocerán "las

cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación solo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen". Resalta la Sala»

DERECHO AL TRABAJO Y A LA SEGURIDAD SOCIAL - Fuero de maternidad en contratos a término fijo: vulneración al dar por terminado el contrato de prestación de servicios por vencimiento del término, sin acudir al inspector de trabajo para determinar la subsistencia de las causales objetivas que dieron lugar a la relación laboral

DERECHO AL TRABAJO Y A LA SEGURIDAD SOCIAL - Principio de primacía de la realidad sobre las formas: vulneración al acreditarse la existencia de la relación laboral

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR LA MATERNIDAD - Fuero de maternidad en contratos a término fijo: el vencimiento del término no es razón suficiente para impedir su reconocimiento

Tesis:

«(...) la señora LAURA CONSTANZA RESTREPO TORO le atribuye al Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas DANE, a la cual estaba vinculada por un contrato de prestación de servicios, la vulneración de sus derechos al mínimo vital, trabajo, seguridad social, estabilidad laboral reforzada y fuero de maternidad, establecidos en protección de la gestante y del niño que está por nacer, al terminar tal relación no obstante su estado de embarazo.

Ahora, encuentra la Corte de los elementos probatorios obrantes en la actuación, probada la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales entre la actora y la autoridad demandada, por el lapso de seis (6) meses, que inició el 19 de marzo de 2015 y culminó el 19 de septiembre de 2015.

Según manifestó y corroboró la accionante su estado de gravidez era plenamente conocido por su jefe inmediata y la Supervisora de la Dirección Territorial, a quienes no solamente les hizo saber el mismo a través de comunicación telefónica, sino mediante escritos radicados en los meses de mayo y junio de 2015, donde además puso de presente los problemas de salud que venía afrontando por tal situación. Adicionalmente, no puede pasarse por alto que en este caso el embarazo se trata de un hecho notorio; por cuanto la actora, previo a la finalización del vínculo, ya bordeaba la veintiunava semana de gestación, pese a lo cual, se procedió a su desvinculación.

Observa además la Sala que la actora como consecuencia del contrato que suscribiera, quedó obligada a prestar, personalmente, el servicio de actualización, verificación y complementación en campo de la cartografía censal y realizar el conteo de edificaciones en la cabeceras municipales y los poblados del país, bajo las órdenes y tareas que le estableciera la entidad y por ello, como retribución, recibió una contraprestación asimilable al salario; de donde, claramente se colige que confluyen los elementos propios de un contrato de trabajo entre la primera y la segunda, pues, independiente de la denominación del mismo, concurren en la situación sub examine todos los presupuestos contemplados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo para la configuración de la
mentada relación.

Con base en lo expuesto, en virtud de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, para esta Sala es claro que la relación entre accionante y accionada fue de tipo laboral de conformidad con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y no de prestación de servicios, tal como se denominó a la misma.

En ese orden, al inferirse la acreditación de los supuestos para la configuración de un contrato realidad (subordinación, salario y prestación personal del servicio), el amparo deprecado debe prosperar, sin que la culminación del término por el cual fue celebrado el contrato de prestación de servicios resultara suficiente para impedir el reconocimiento de la antes mencionada estabilidad reforzada, como lo alegara la entidad demandada.

Máxime cuando se acreditó que el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas DANE a través de la Dirección Territorial Centroccidental - Sede Manizales -, no acudió al Inspector de Trabajo para determinar si subsistían o no las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral, por el contrario, culminado el periodo de 6 meses previsto en el contrato No. 0259, se le exigió a LAURA CONSTANZA RESTREPO TORO, presentar la cuenta de cobro final para dar por terminada la misma.

En un caso que guarda alguna simetría con el aquí auscultado, la Corte Constitucional expuso:

"[...] En el Caso # 11, correspondiente al expediente T-2.386.501, la señora [...], firmó un contrato de prestación de servicios con el Municipio de Dosquebradas para "apoyo para la gestión cultural y artística en el municipio de Dosquebradas", contrato que tenía una duración de ocho (8) meses -del diecinueve (19) de mayo de 2008 al diecinueve (19) de enero

de 2009-. Quedó en embarazo y para el diez (10) de septiembre de 2008 contaba con nueve (9) semanas de gestación. El treinta y uno (31) de diciembre de 2008, veinte días antes del término final pactado, la actora y su interventora firmaron el acta final del contrato de prestación de servicios, con cumplimiento a satisfacción. Para esta fecha la señora Arenas Rendón contaba aproximadamente con cinco (5) meses de embarazo. A juicio de esta Sala, de los supuestos fácticos del presente asunto y, en especial, del hecho de que la actora desempeñara su labor en una oficina que le fue asignada por la Secretaría de Educación, Cultura, Deporte y Recreación y que además, le hubiese sido asignado un computador para desempeñar unas funciones específicas de apoyo a la gestión cultural y artística, se puede inferir que se acreditan los supuestos para la configuración de un contrato realidad (subordinación, salario y prestación personal del servicio), por lo que procederá aplicar la regla correspondiente a los contratos a término fijo cuando el empleador conoce del estado de embarazo (la actora entregó al interventor del contrato exámenes médicos e incapacidades en los que constaba su embarazo y además era un hecho notorio pues contaba con 5 meses para la fecha del despido) y desvincula a la trabajadora una vez vencido el contrato alegando esto como justa causa (2.1.2). En este caso deberá ordenarse el reconocimiento de la licencia de maternidad (como medida sustituta del pago de las cotizaciones). Por otra parte, la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecieron. Teniendo en cuenta que, como se dijo, la peticionaria desempeñaba sus funciones en las oficinas de la Secretaría, y que prestaba un servicio de apoyo para la gestión cultural y artística en el municipio de Dosquebradas que puede entenderse tiene una vocación de permanencia en el tiempo por tratarse, como lo afirma la actora, de "una obligación social del municipio", la Sala concluye que las causas que dieron origen al contrato aún subsisten. Sin embargo, no habrá lugar a ordenar la medida sustituta al reintegro, es decir, el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir pues, para la fecha de la sentencia de primera instancia -26 de mayo de 2009- se colige que ya había tenido lugar el parto. Teniendo en cuenta que se trata de una empresa del Estado, no se ordenará el pago de la indemnización prevista en el artículo 239 del C.S.T."

En conclusión, los derechos fundamentales de la accionante han de protegerse por el fuero de la maternidad, debiendo por tanto, aplicarse la regla correspondiente a los contratos a término fijo cuando el empleador conoce del estado de embarazo de la accionante y aun así la desvincula sin acudir al Inspector de Trabajo una vez vencido el contrato, alegando esto como justa causa, al ser evidente que dichas hipótesis se acreditaron en el presente caso; pues como se indicara en párrafos anteriores, el

Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas antes del vencimiento del plazo pactado, no acudió ante el Ministerio de Trabajo para que éste determinara si subsistían o no las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral.

En consecuencia, se revocará el fallo proferido el 15 de octubre de 2015 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, para en su lugar, tutelar los derechos de la demandante LAURA CONSTANZA RESTREPO TORO al mínimo vital, la seguridad social y el fuero de la maternidad, también en protección de su bebe, máxime cuando ésta aseguró que los únicos ingresos con los que contaba eran los que obtenía de aquél cargo y que actualmente carece de otra vinculación laboral, proposición esta última que no fue desvirtuada por el extremo pasivo, el que tenía la carga de probar en contra para controvertir aquella negación indefinida. »

DERECHO AL TRABAJO Y A LA SEGURIDAD SOCIAL - Fuero de maternidad en contratos a término fijo: improcedencia de la indemnización y el reintegro al no demostrarse que subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral

Tesis:

«No se ordenará el reintegro al cargo que venía desempeñando RESTREPO TORO en Dirección Territorial Centroccidental del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, pues como lo indica la regla atrás citada, la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral subsisten, circunstancias que en el presente trámite no fueron acreditadas.

Por la misma razón, al no estar comprobado en este trámite tutelar el nexo causal entre el embarazo y la terminación del servicio que venía prestando la actora, no se procederá a ordenar la indemnización prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, máxime cuando se probó que la culminación del mismo fue por haber expirado el termino allí pactado.

Lo anterior no es óbice para prevenir a la accionante LAURA CONSTANZA RESTREPO TORO, que si lo considera pertinente, inicie el respectivo proceso ante la jurisdicción ordinaria laboral a fin que resuelva la controversia referida a la renovación del contrato y la respectiva indemnización.»

CONSIDERACIONES:

DE

LA

SALA

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 4º del Decreto 1382 del 12 de julio de 2000, en concordancia con el Reglamento General de la Corte Suprema de Justicia, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, como quiera que la decisión fue adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, del cual es su superior funcional.

2. El artículo 86 de establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, o si existe, cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

En el presente caso, LAURA CONSTANZA RESTREPO TORO, solicitó protección constitucional al considerar que las autoridades accionadas vulneraron sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, al no haberle renovado el contrato de prestación de servicios, pese haber comunicado previamente su embarazo..

3. Al respecto oportuno resulta recordar, que de conformidad con los artículos 43 y 53 de , el Estado debe garantizar la protección especial de la mujer en estado de gravidez y después del parto.

Así, en el ámbito del trabajo, la protección de la gestante constituye uno de los principios mínimos fundamentales que debe orientar las relaciones laborales. Lo anterior en atención a que las normas constitucionales referentes a la protección de la mujer y la maternidad tienen «la clara finalidad de evitar la discriminación laboral de la cual venían siendo objeto las mujeres en tal estado, por la tendencia de los empleadores a considerar que el embarazo les causaba cargas de orden económico». (Sentencia T-866 de 2005)

3.1 En el marco de las normas constitucionales aludidas y de los múltiples instrumentos internacionales ratificados por el Estado, el legislador ha establecido de manera precisa las garantías y beneficios que radican en cabeza de la mujer trabajadora en estado de embarazo, durante la época del parto y el período de lactancia. Como desarrollo del derecho a la estabilidad laboral reforzada de estos sujetos de especial protección, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo

20 de 1468 de 2011, dispone:

Artículo 239. Prohibición de despedir.

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

3. Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.

4. En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.

A su vez, el artículo 240 ibídem, establece:

Artículo 240. Permiso para despedir.

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

2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los 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.

De esta forma, la trabajadora que se encuentre en las circunstancias señaladas tiene derecho a conservar su trabajo, toda vez que «no producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique a la trabajadora en tales períodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionadas».

[1: Artículo 241 Código Sustantivo del Trabajo.]

3.2. ha afirmado que esta protección ofrecida por el ordenamiento jurídico colombiano puede equipararse a un fuero de maternidad, el cual ha de ser respetado tanto por entidades públicas como privadas, permitiendo a la mujer en gravidez mantener su posición como trabajadora y además percibir ingresos que le permitan solventar sus gastos y los de quien está por nacer, en amparo del mínimo vital.

Al respecto, en providencia SU-070 de 2013, la Corte Constitucional además de desarrollar lo determinado en los artículos 13 y 43 de la carta política, se ocupó de unificar las diferentes posturas existentes en torno al conocimiento de parte del empleador sobre el embarazo de la ex -trabajadora; así como el alcance de la protección en función de la modalidad laboral respectiva.

3.3. Sobre el primer aspecto, se precisó que «no es requisito para establecer si existe o no protección, sino para determinar el grado de protección», indicando así que «el conocimiento del embarazo por parte del empleador da lugar a una protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y por ende un factor de discriminación en razón del sexo».

Por otra parte, agregó la falta de conocimiento «dará lugar a una protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido». (Negrillas de la Sala.)

Determinó también que el conocimiento por el empleador del estado de la trabajadora, no exige formalidades, ya que puede ser asumido directamente, por hecho notorio o por información de un tercero.

3.4. Respecto al segundo, esto es, la alternativa laboral, determinó i) «asumir que las modalidades de contratación por medio de empresas de cooperativas de trabajo asociado o servicios temporales implican en principio la existencia de una relación laboral sin causales específica», y

ii) que «cuando en algunos contratos con fecha o condición específica de terminación (por ejemplo los laborales a término fijo o los de obra o los de prestación de servicios), la necesidad del servicio o de la obra pendiente de realizar o del objeto del contrato, desaparece en momentos en que la empleada o contratista ha quedado en embarazo y es posible que la falta de renovación del contrato se dio por razón del embarazo».

Lo anterior le permitió a la Corte Constitucional reafirmar las medidas de protección, las cuales giran en torno a dos alternativas: i) que se reconozcan las prestaciones de seguridad social en salud, hasta el momento en que la mujer adquiriera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad; y ii) se ordene el reintegro de la mujer embarazada o la renovación de su contrato, a menos que se pruebe la imposibilidad de tal reintegro o renovación.

[2: C.C. ST312/14]

Concluyó entonces en la citada sentencia SU-070 que «la modalidad de contratación no hace nugatoria la protección, sino remite al estudio de la pertinencia o alcance de una u otra medida de protección».

Así, en el caso de las mujeres vinculadas mediante contrato de prestación de servicios, sostuvo:

En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral. Si bien la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la configuración de un “contrato realidad”, pues “existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales [se] puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral”, en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela. 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”. 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. Asimismo, en el caso de contratos de prestación de servicios celebrados por el Estado con personas naturales, debe advertirse que éste únicamente opera cuando "para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden". Por esta razón, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que si en el contrato de prestación de servicios, privado o estatal, se llegare a demostrar la existencia de una relación laboral, "ello conllevaría a su desnaturalización y a la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo; a los artículos 1, 2 y 25 de la Carta; además a los principios de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, al de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y al de la estabilidad en el empleo." Con todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las característica del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

Reglas que fueron resumidas en la sentencia de tutela T-312/2014 de la Corte Constitucional de la siguiente manera:

3.7.1. La desvinculación se produjo antes del vencimiento del contrato y no medió autorización de la autoridad competente, por lo cual ha de aplicarse la protección derivada del fuero de maternidad, consistente en la ineficacia del despido y el subsiguiente reintegro, junto con el cubrimiento de los derechos dejados de percibir. Ello en cuanto la sentencia SU-070 de febrero 13 de 2013 reafirma el "supuesto de protección contra la discriminación" y la aplicación de "la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST".

3.7.2. Si la desvinculación acaece vencido el término del contrato y se alega como causa la terminación del plazo pactado, el contratante ha debido acudir antes del vencimiento "ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral", con esta disyuntiva:

i) Si acude y la autoridad determina que subsisten las causas del contrato,

“deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores”; si determina que no subsisten las causas, “se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad”.

ii) Si no se acude ante el inspector del trabajo, se reconocerán “las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación solo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen”. Resalta la Sala

4. Acorde con la reseña fáctica planteada, la señora LAURA CONSTANZA RESTREPO TORO le atribuye al Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas DANE, a la cual estaba vinculada por un contrato de prestación de servicios, la vulneración de sus derechos al mínimo vital, trabajo, seguridad social, estabilidad laboral reforzada y fuero de maternidad, establecidos en protección de la gestante y del niño que está por nacer, al terminar tal relación no obstante su estado de embarazo.

5. Ahora, encuentra la Corte de los elementos probatorios obrantes en la actuación, probada la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales entre la actora y la autoridad demandada, por el lapso de seis (6) meses, que inició el 19 de marzo de 2015 y culminó el 19 de septiembre de 2015.

Según manifestó y corroboró la accionante su estado de gravidez era plenamente conocido por su jefe inmediata y la Supervisora de la Dirección Territorial, a quienes no solamente les hizo saber el mismo a través de comunicación telefónica, sino mediante escritos radicados en los meses de mayo y junio de 2015, donde además puso de presente los problemas de salud que venía afrontando por tal situación. Adicionalmente, no puede pasarse por alto que en este caso el embarazo se trata de un hecho notorio; por cuanto la actora, previo a la finalización del vínculo, ya bordeaba la veintiunava semana de gestación, pese a lo cual, se procedió a su desvinculación.

Observa además la Sala que la actora como consecuencia del contrato que suscribiera, quedó obligada a prestar, personalmente, el servicio de actualización, verificación y complementación en campo de la cartografía censal y realizar el conteo de edificaciones en la cabeceras municipales y los poblados del país, bajo las órdenes y tareas que le estableciera la entidad y por ello, como retribución, recibió una contraprestación asimilable al salario; de donde, claramente se colige que confluyen los elementos propios de un contrato de trabajo entre la primera y la

segunda, pues, independiente de la denominación del mismo, concurren en la situación sub examine todos los presupuestos contemplados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo para la configuración de la relación.

Con base en lo expuesto, en virtud de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, para esta Sala es claro que la relación entre accionante y accionada fue de tipo laboral de conformidad con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y no de prestación de servicios, tal como se denominó a la misma.

En ese orden, al inferirse la acreditación de los supuestos para la configuración de un contrato realidad (subordinación, salario y prestación personal del servicio), el amparo deprecado debe prosperar, sin que la culminación del término por el cual fue celebrado el contrato de prestación de servicios resultara suficiente para impedir el reconocimiento de la antes mencionada estabilidad reforzada, como lo alegara la entidad demandada.

Máxime cuando se acreditó que el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas DANE a través de la Dirección Territorial Centroccidental - Sede Manizales -, no acudió al Inspector de Trabajo para determinar si subsistían o no las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral, por el contrario, culminado el periodo de 6 meses previsto en el contrato No. 0259, se le exigió a LAURA CONSTANZA RESTREPO TORO, presentar la cuenta de cobro final para dar por terminada la misma.

En un caso que guarda alguna simetría con el aquí auscultado, la Corte Constitucional expuso:

[...] En el Caso # 11, correspondiente al expediente T-2.386.501, la señora [...], firmó un contrato de prestación de servicios con el Municipio de Dosquebradas para "apoyo para la gestión cultural y artística en el municipio de Dosquebradas", contrato que tenía una duración de ocho (8) meses -del diecinueve (19) de mayo de 2008 al diecinueve (19) de enero de 2009-. Quedó en embarazo y para el diez (10) de septiembre de 2008 contaba con nueve (9) semanas de gestación. El treinta y uno (31) de diciembre de 2008, veinte días antes del término final pactado, la actora y su interventora firmaron el acta final del contrato de prestación de servicios, con cumplimiento a satisfacción. Para esta fecha la señora Arenas Rendón contaba aproximadamente con cinco (5) meses de embarazo. A juicio de esta Sala, de los supuestos fácticos del presente asunto y, en especial, del hecho de que la actora desempeñara su labor en una oficina que le fue asignada por la Secretaría de Educación, Cultura,

Deporte y Recreación y que además, le hubiese sido asignado un computador para desempeñar unas funciones específicas de apoyo a la gestión cultural y artística, se puede inferir que se acreditan los supuestos para la configuración de un contrato realidad (subordinación, salario y prestación personal del servicio), por lo que procederá aplicar la regla correspondiente a los contratos a término fijo cuando el empleador conoce del estado de embarazo (la actora entregó al interventor del contrato exámenes médicos e incapacidades en los que constaba su embarazo y además era un hecho notorio pues contaba con 5 meses para la fecha del despido) y desvincula a la trabajadora una vez vencido el contrato alegando esto como justa causa (2.1.2). En este caso deberá ordenarse el reconocimiento de la licencia de maternidad (como medida sustituta del pago de las cotizaciones). Por otra parte, la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecieron. Teniendo en cuenta que, como se dijo, la peticionaria desempeñaba sus funciones en las oficinas de la Secretaría, y que prestaba un servicio de apoyo para la gestión cultural y artística en el municipio de Dosquebradas que puede entenderse tiene una vocación de permanencia en el tiempo por tratarse, como lo afirma la actora, de "una obligación social del municipio", la Sala concluye que las causas que dieron origen al contrato aún subsisten. Sin embargo, no habrá lugar a ordenar la medida sustituta al reintegro, es decir, el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir pues, para la fecha de la sentencia de primera instancia -26 de mayo de 2009- se colige que ya había tenido lugar el parto. Teniendo en cuenta que se trata de una empresa del Estado, no se ordenará el pago de la indemnización prevista en el artículo 239 del C.S.T."

[3: CC SU - 070/2013.]

En conclusión, los derechos fundamentales de la accionante han de protegerse por el fuero de la maternidad, debiendo por tanto, aplicarse la regla correspondiente a los contratos a término fijo cuando el empleador conoce del estado de embarazo de la accionante y aun así la desvincula sin acudir al Inspector de Trabajo una vez vencido el contrato, alegando esto como justa causa, al ser evidente que dichas hipótesis se acreditaron en el presente caso; pues como se indicara en párrafos anteriores, el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas antes del vencimiento del plazo pactado, no acudió ante el Ministerio de Trabajo para que éste determinara si subsistían o no las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral.

[4: Expresamente señaló la Corte Constitucional sobre la citada regla protectora en la sentencia SU 070/2013: "Si la desvincula una vez vencido

el contrato, alegando como una justa causa el vencimiento del plazo pactado: "En este caso el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen...".]

En consecuencia, se revocará el fallo proferido el 15 de octubre de 2015 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, para en su lugar, tutelar los derechos de la demandante LAURA CONSTANZA RESTREPO TORO al mínimo vital, la seguridad social y el fuero de la maternidad, también en protección de su bebe, máxime cuando ésta aseguró que los únicos ingresos con los que contaba eran los que obtenía de aquél cargo y que actualmente carece de otra vinculación laboral, proposición esta última que no fue desvirtuada por el extremo pasivo, el que tenía la carga de probar en contra para controvertir aquella negación indefinida.

Aclárese que el reconocimiento que se hace en esta providencia es de carácter definitivo, pues así lo ha considerado la Corte Constitucional, entre otras, sentencias, en la SU-070/2013, ST-312/2014 y ST - 238/2015.

En ese orden, se ordenará al Director del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas DANE o quien haga sus veces, así como al Director Territorial Centroccidental de la misma institución, que dentro del término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague las cotizaciones durante el periodo de gestación, así como que cancele a favor de la señora LAURA CONSTANZA RESTREPO TORO, todo lo correspondiente a su licencia de maternidad cuando esta se cause.

No se ordenará el reintegro al cargo que venía desempeñando RESTREPO TORO en Dirección Territorial Centroccidental del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, pues como lo indica la regla atrás citada, la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral subsisten, circunstancias que en el

presente trámite no fueron acreditadas.

Por la misma razón, al no estar comprobado en este trámite tutelar el nexo causal entre el embarazo y la terminación del servicio que venía prestando la actora, no se procederá a ordenar la indemnización prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, máxime cuando se probó que la culminación del mismo fue por haber expirado el termino allí pactado.

Lo anterior no es óbice para prevenir a la accionante LAURA CONSTANZA RESTREPO TORO, que si lo considera pertinente, inicie el respectivo proceso ante la jurisdicción ordinaria laboral a fin que resuelva la controversia referida a la renovación del contrato y la respectiva indemnización.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA: Rad: CC T-866/05 Rad: SU-070/13
Rad: CC T-312/14 Rad: CC T-238/15

PARTE RESOLUTIVA: 1. REVOCAR el fallo impugnado dictado el 15 de octubre de 2015 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, que había negado el amparo solicitado. En su lugar, se TUTELA de manera definitiva los derechos fundamentales al mínimo vital, la seguridad social y el fuero de maternidad, también en protección de su bebe, de la ciudadana LAURA CONSTANZA RESTREPO TORO.

2. ORDENAR al Director Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas DANE, o a quien haga sus veces, así como al Director Territorial Centroccidental de la misma institución, que dentro del término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague las cotizaciones durante el periodo de gestación, así como que cancele a favor de la señora LAURA CONSTANZA RESTREPO TORO, todo lo correspondiente a su licencia de maternidad cuando esta se cause.

3. PREVENIR a LAURA CONSTANZA RESTREPO TORO, para que si lo considera pertinente inicie el respectivo proceso ante la jurisdicción laboral ordinaria, a fin que resuelva la controversia suscitada respecto al reintegro al cargo que venía desempeñando e indemnización.

4. NOTIFICAR esta providencia a las partes de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

5. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual

revisión, una vez en firme.

CATEGORÍA: Derechos de las mujeres al trabajo, derechos laborales y a la seguridad social
