

**MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO - Situación de debilidad manifiesta /
PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO
CUANDO LA VINCULACIÓN LABORAL ES REGULADA POR UN CONTRATO
DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / DEBER DE ENTIDAD ESTATAL DE
GARANTIZAR LA CONTINUIDAD EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE
SERVICIOS / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL
REFORZADA**

En el presente caso se encuentra acreditado que la actora estaba vinculada a la entidad accionada a través de un contrato de prestación de servicios, que finalizó por vencimiento del plazo el 31 de agosto de 2017, pese a que aquella informó de su estado de embarazo el 28 de agosto de 2017, cuando tenía 18 semanas de gestación. Igualmente, la Sala evidenció que la accionante actualmente se encuentra vinculada en el régimen subsidiado de salud en condición de madre cabeza de familia. A partir de esa circunstancia, se constató que aquella no ha logrado vincularse en otra actividad económica que le permita garantizar la continuidad en el servicio de salud al que accedía cuando estaba cotizando al régimen de salud y a los recursos económicos necesarios para garantizar su subsistencia y la de su hijo. Es decir, que su mínimo vital y el de su hijo recién nacido se encuentran afectados por cuanto no percibe ningún tipo de honorarios (...) la actividad principal del DANE (...) y la labor para la que fue contratada [la actora] relativa a la sensibilización, el monitoreo, acompañamiento y de levantamiento de la información durante el desarrollo de una encuesta, permite a la Sala inferir las posibilidades que tenía la entidad para mantener vigente la relación contractual de la actora pues aun cuando la encuesta “Ambiente y Desarrollo Institucional Nacional - EDI y encuesta de Ambiente y Desempeño Institucional Departamental - EDID” al parecer finalizó, ello no impedía a la entidad vincularla en otra encuesta, de tal forma que atendiendo una necesidad permanente, garantizara a la actora el acceso a la licencia de maternidad, a los recursos económicos necesarios para su subsistencia y la continuidad en el servicio de salud al que accedía como cotizante del régimen contributivo para ella y su hijo. Con base en lo anteriormente expuesto, la Sala revocará la decisión del a quo y accederá al amparo de los derechos fundamentales a la maternidad y al interés superior del menor. En su lugar, ordenará al DANE que (...) garantice la continuidad en el contrato de prestación de servicios que finalizó el 31 de agosto de 2017, con el fin de que, por lo menos, 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.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Bogotá, D.C., catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 76001-23-33-000-2017-01507-01(AC)

Actor: VIVIAN VANESSA ZÚÑIGA QUINTERO

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE)

La Sección Cuarta del Consejo de Estado procede a decidir la impugnación presentada por la demandante, en nombre propio, dentro de la acción de tutela de la referencia, contra la sentencia proferida el 19 de octubre de 2017, por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Decisión, en la que negó el amparo constitucional solicitado.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Refirió la demandante que fue vinculada al DANE mediante contrato de prestación de servicios desde el 11 de julio de 2016 hasta el 10 de diciembre de 2016, el segundo contrato correspondió al periodo de 12 de diciembre de 2016 hasta el 26 de febrero de 2017, el tercer contrato de 26 de febrero de 2017 a 12 de julio de 2017, con el objeto de apoyar la gestión para realizar la recolección urbana de información mediante el método de captura móvil y formulario análogo de la encuesta nacional de presupuesto para los hogares 2016-2017.

Indicó que firmó un cuarto contrato desde el **27 de julio de 2017 hasta el 31 de agosto** de la misma anualidad, esta vez, con el objetivo de prestar apoyo a la gestión y realizar la sensibilización, monitoreo, acompañamiento y levantamiento de la información durante el desarrollo de la encuesta de ambiente y desempeño institucional nacional y departamental, a efectuarse por medio de la página web del DANE.

Manifestó que cuando firmó el último contrato se encontraba en estado de embarazo con 15 semanas de gestación y que el 28 de agosto de 2017, comunicó al DANE, en forma escrita, su estado de gravidez, esto es la semana 18 de gestación.

Aseguró que su contrato de prestación de servicios no fue renovado, a pesar de que las labores que desempeñaba en el DANE se realizan de forma continua, es decir, que el hecho de que se le haya terminado el contrato no significa que el DANE ya no realice encuestas, o que hayan desaparecido las causas objetivas

que dieron origen a la relación laboral y que por ello ya no fueran necesarios sus servicios.

Adujo que cumplía sus funciones de forma personal, cumplía un horario de trabajo y tenía un coordinador que le daba instrucciones para el cumplimiento de sus labores.

Aseveró que fue despedida sin justa causa y sin permiso del Ministerio del Trabajo, lo que vulneró su fuero constitucional de maternidad y con ello su derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Sostuvo que se encontraba afiliada en calidad de trabajadora independiente en la EPS SOS, en el fondo privado de pensiones Porvenir y en la ARL Positiva, pues es un requisito estar afiliados a dichas entidades cuando se está llevando a cabo una labor a través del contrato de prestación de servicios.

Por último, refirió que es una mujer “*sola*” de 20 años de edad que sobrevive con su salario, a lo que agregó que la pérdida de su empleo no solo tiene consecuencias económicas sino de salud y en la de su hijo que está por nacer.

2. Fundamentos de la acción

La actora alegó que el DANE vulneró sus derechos fundamentales a la dignidad humana, mínimo vital, seguridad social, estabilidad laboral reforzada y derechos del menor, por cuanto sin importar su estado de embarazo no renovó su contrato de prestación de servicios.

La demandante fundamentó su inconformidad, en los criterios de unificación jurisprudencial de la Corte Constitucional señalados en la sentencia SU-070 de 2013, sobre el derecho a la estabilidad laboral reforzada a favor de las mujeres vinculadas a través del contrato de prestación de servicios.

3. Pretensiones

La parte demandante formuló la siguiente:

“Muy comedidamente señor juez solicito TUTELAR mis derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y a la no discriminación, se renueve mi contrato de prestación de servicios o se celebre uno similar al que venía desempeñando y se me reconozca y pague la licencia de maternidad”.

4. Pruebas relevantes

En el expediente reposa copia de los siguientes documentos:

- Contrato de prestación de servicios N° 719 de 27 de julio de 2017¹.
- Constancia de 28 de junio de 2017 del DANE de los contratos de prestación de servicios ejecutados por la actora².
- Comunicación escrita en la que la actora informa al DANE sobre su estado de embarazo³.
- Reporte de imágenes diagnósticas realizadas el 2 de agosto de 2017⁴.

5. Oposición

Respuesta del DANE

El jefe de la oficina asesora jurídica aseguró que entre la demandante y el DANE no existió una relación laboral y que el motivo de no prorrogar el contrato de prestación de servicios obedeció a la finalización de su objeto y no a su estado de gravidez. Aseguró que la terminación del contrato respondió al cumplimiento del plazo, del objeto contractual y al agotamiento de la causa por la cual fue contratada.

Afirmó que al cumplirse a cabalidad el objeto del contrato, las causas del mismo fenecieron, se agotaron y no hay lugar a la renovación, prórroga o continuación de un contrato que el Estado no requiere.

Aseveró que el estado de embarazo de la actora no determinó su finalización, pues mientras permanecieron las causas y necesidades de la entidad, a la demandante le fue mantenida su vinculación laboral, sin que hubiere sido determinante su estado de gravidez.

¹ Folios 13 a 15 del cuaderno principal.

² Folio 10 del cuaderno principal.

³ Folio 11 del cuaderno principal.

⁴ Folio 12 del cuaderno principal.

Argumentó que el DANE para la misma fecha de terminación del contrato de la actora, no dio continuidad a 53 contratos a nivel nacional, para el caso concreto se terminaron 3 contratos en Cali, por cuanto ya no se requería del cumplimiento de dicha actividad, lo que demuestra que no existió discriminación contra la tutelante.

Por lo anterior, solicitó que se nieguen las pretensiones de la acción de tutela, pues la actora no demostró que la terminación del contrato de prestación de servicios fue por motivo de su embarazo y que las causas que dieron origen al contrato subsistieron con posterioridad al término de ejecución.

6. Sentencia de tutela impugnada

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Decisión, mediante sentencia de 19 de octubre de 2017, negó el amparo de los derechos fundamentales deprecados por la actora.

Sostuvo que las pruebas que obran en el expediente dan cuenta que la actora suscribió el contrato N° 719 el 1 de agosto de 2017, que terminó el 31 del mismo mes y año, con un objeto diferente a los contratos que había firmado anteriormente.

Indicó que el DANE elaboró los estudios previos para la contratación de las personas que en todo el país desarrollarían el objeto contractual de las cuales 3 fueron contratadas en la ciudad de Cali por un valor individual de \$1.177.440 y una vez contó con la asignación presupuestal, inició el proceso de selección que terminó con el acta de inicio del contrato el 1º de agosto de 2017 hasta 31 del mismo mes y año.

Sostuvo que el proceso de contratación que adelantó el DANE se desarrolló y ejecutó a través el contrato N° 719 con una duración de un mes, apropiación presupuestal para el mismo periodo y objeto diferente al de los contratos anteriores que sí tuvieron continuidad.

Advirtió que para la época en que la demandante informó al DANE su estado de embarazo (28 de agosto de 2017), tenía conocimiento de la fecha en la que su contrato finalizaría, pretendiendo que, como en las ocasiones anteriores, se le

tuviese en cuenta para continuar con las encuestas que de meses atrás venía realizando.

Adujo que la demandante no acreditó en su escrito que el DANE haya continuado con la contratación para el desarrollo del objeto contractual que ella venía ejecutando, tampoco hizo alusión a ese hecho en el escrito de tutela como una razón para solicitar la protección.

Por lo anterior, sostuvo que la terminación del vínculo entre la actora y el DANE no se dio en razón de su estado de embarazo, sino a la duración y objeto del contrato el cual fue determinado previamente a su celebración.

7. Escrito de impugnación

Dentro del término previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, la actora impugnó la anterior decisión y solicitó que se revocara. Argumentó que el contrato de prestación de servicios no fue renovado, a pesar de que las labores que desempeñaba en el DANE se realizan de forma continua y que la terminación de su contrato no significa que la entidad demandada ya no realice encuestas o que hayan desaparecido las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral.

Aseguró que el DANE hace encuestas de manera permanente y que estas no corresponden a un tema específico ya que cada contrato es para un tema diferente.

Sostuvo que no acceder a las pretensiones vulnera sus derechos a la vida y a la salud, pues se encuentra imposibilitada para continuar cotizando al sistema de seguridad social.

Por último, refirió las sentencias en las que la Corte Constitucional ha amparado la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo (SU-070 de 2013, T-092 de 2016 y T-1097 de 2012).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política, 29 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 13 del reglamento interno, la Sección Cuarta del Consejo de Estado es competente para decidir el asunto objeto de estudio.

2. Planteamiento del problema jurídico

Le corresponde a la Sala determinar si se debe confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Decisión, el 19 de octubre de 2017, en la que decidió negar el amparo a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, o si, por el contrario, procede el amparo de los derechos fundamentales deprecados por la actora.

3.1. Protección especial a la mujer durante el periodo de embarazo y de lactancia, por parte del Estado y la sociedad

El constituyente de 1991 reconoció la importancia de la mujer en la familia como núcleo fundamental de la sociedad, especialmente, por su papel de “*gestora de vida*”⁵ y los actos de discriminación de los que ha sido víctima en materia de acceso al mercado laboral por las circunstancias que rodean la maternidad.

De acuerdo con ello, se preocupó por otorgar a la mujer una serie de garantías mínimas exigibles desde el momento en que decida ser madre, relacionadas con el acceso al servicio de servicio adecuado en términos de continuidad y oportunidad, a los recursos económicos necesarios que le permitan garantizar su sustento y el de su hijo, y con la certeza de que su estado no puede constituir un obstáculo para acceder y permanecer en el mercado laboral.

De esta manera, de la Constitución Política se otorgó una especial protección a la madre gestante y lactante, lo cual se expresó a través de los siguientes presupuestos: “*el derecho de la mujer a tener el número de hijos que considere adecuado (C.P. art. 16 y 42); a no ser discriminada por razón de su estado de embarazo (C.P. art. 13, 43 y 53), a recibir algunos derechos o prestaciones especiales mientras se encuentre en estado de gravidez (C.P. art. 43 y 53); y, al*

⁵ Expresión empleada en la sentencia C-373 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

amparo de su mínimo vital durante el embarazo y después del parto (C.P. art. 1, 11, 43⁶“.

Así, el Estado colombiano materializa los compromisos adquiridos a través de distintos instrumentos internacionales⁷ de los cuales la Sala considera pertinente destacar los siguientes, haciendo una referencia muy breve sobre ellos:

(i) La Declaración Universal de Derechos Humanos. En el artículo 25, señala que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.

(ii) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el artículo 10.2 establece que se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.

(iii) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁸. En el artículo 11 establece la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano.

(iv) Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo De San Salvador”, que en su artículo 9 reafirma el derecho a la seguridad social de las mujeres trabajadoras que se materializa a través del reconocimiento de la licencia de maternidad “antes y después del parto”.

(v) Convenio 3 de la OIT⁹ “*sobre la protección a la maternidad*”. Estableció acciones afirmativas para que las empresas del sector público y privado garanticen una especial protección a la madre gestante.

En ese marco, la Corte Constitucional desde tempranos pronunciamientos¹⁰, se ha

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-862 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁷ Resulta importante recordar que estos instrumentos forman parte del bloque constitucional, en virtud de la cláusula de remisión contenida en el inciso 1 del artículo 93 de la Constitución Política que vincula al ordenamiento jurídico colombiano, los instrumentos internacionales aprobados por el Congreso y ratificados por el Gobierno Nacional, que reconocen derechos humanos.

⁸ Expedida en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU, y aprobada por la ley 51 de 1981.

⁹ Aprobado mediante la Ley 129 de 1931.

referido a los fundamentos constitucionales en los que se edifica la protección especial a la mujer gestante o lactante, determinando que tales garantías buscan lograr de manera efectiva la igualdad de género en el acceso a las oportunidades laborales, en tanto *“sin una protección especial del Estado a la maternidad, la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva, y por ende la mujer no podría libremente elegir ser madre, debido a las adversas consecuencias que tal decisión tendría sobre su situación social y laboral”*.

También, ha reafirmado la importancia de la protección a las mujeres en el periodo de lactancia para la efectiva garantía de los derechos de los niños, cuya vida durante sus primeros meses de vida depende en gran medida del cuidado que pueda brindarle su madre. Al respecto, la sentencia T-739 de 1998¹¹ expresó lo siguiente:

“En efecto, ella aparece como integrante de un grupo social con reconocimiento particular que la hace titular de los mismos derechos y oportunidades que el hombre, de manera que no pueda ser objeto de discriminación alguna que atente contra esa igualdad de sexos que proclama la Constitución, lo cual le significa correlativamente una igualdad en deberes, obligaciones y responsabilidades (C.P., art. 13). Así mismo, condiciones propias de su esencia femenina son objeto de específico amparo constitucional, como sucede con su estado de embarazo, en razón a la vigencia del principio de la dignidad humana y al reconocimiento, además, del derecho a la igualdad, de los derechos a la maternidad, libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, haciéndola beneficiaria de una especial asistencia y protección estatal, para la época de la gestación inclusive después del parto, que se extienden cuando se evidencia una situación adicional de desempleo y desamparo e, igualmente, cuando la misma desempeña por sí sola la jefatura familiar (C.P., arts. 1o., 13, 16, 42 y 43)”.

En definitiva, el embarazo y el periodo de lactancia generan en nuestra sociedad un sin número de circunstancias que atentan contra la igualdad de género, pues muchas mujeres dejan de ser contratadas ante la posibilidad de que pronto desarrollen su proyecto de vida como madres o son obligadas a aceptar condiciones laborales en las que no se les garantiza el pago de todas las prestaciones sociales o, lo que es peor, a trabajar en condiciones de informalidad que no les permite acceder al sistema de salud y, por consiguiente, al pago de la licencia de maternidad.

¹⁰ Ver sentencias T-739 de 1998 M.P. Hernando Herrera Vergara, T-625 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-1002 de 1999 José Gregorio Hernández Galindo, T-005 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-373 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹¹ M.P. Hernando Herrera Vergara.

No obstante, la protección a la mujer en estado de embarazo o lactancia consagrada en normas internacionales y nacionales no solo es responsabilidad de las instituciones judiciales, sino de la sociedad colombiana en general que debe propender por su bienestar y del que está por nacer.

En ese marco, los jueces no pueden ser ajenos a esos mandatos superiores y les corresponde adoptar decisiones que estén en armonía con los citados fundamentos constitucionales y garanticen de manera efectiva la protección a las mujeres durante el periodo de embarazo y lactancia.

3.2. Protección constitucional de la mujer en estado de embarazo, cuando la vinculación está regulada por un contrato de prestación de servicios

La permanencia en el empleo constituye una de las expresiones de la protección especial de la que goza la mujer durante el periodo de embarazo y lactancia, pues de esa manera se garantiza que aquella pueda desarrollarse profesionalmente en términos de igualdad, y se asegura el acceso efectivo al servicio de salud y a los recursos económicos que le permiten su sustento y el de su hijo.

De acuerdo con ello, el legislador, en materia laboral ha establecido la prohibición de despido a una mujer durante el periodo de protección sin la autorización del Ministerio de Trabajo.

Ahora bien, las necesidades de las empresas para el desarrollo de su objeto han obligado al legislador a permitir que las personas ingresen al mercado laboral a través de distintas modalidades contractuales, tanto en el sector público como en el sector privado que, en principio, no tendrían que alterar el nivel de protección a la mujer gestante o lactante, pues los fundamentos constitucionales en los que se edifica la garantía de los aspectos elementales arriba citados permanecen incólumes.

Es decir, independientemente de la forma en que se regule la vinculación con una trabajadora, aquella conserva el mismo derecho a reclamar del Estado y la sociedad una protección especial, la cual se expresa a través de distintas garantías relacionadas con la maternidad tales como: (i) no ser desvinculada de su actividad laboral por su estado de embarazo, (ii) que se le asegure el acceso y

permanencia en el servicio de salud y a las condiciones mínimas para el sustento de ella y de su hijo.

Sin embargo, aun cuando el legislador ha regulado de manera categórica la protección constitucional a la mujer gestante o lactante, en el caso de las trabajadoras que están vinculadas a través de un contrato de trabajo, lo mismo no ha sido tan claro con las mujeres vinculadas a través de otras modalidades contractuales, como es el caso de los contratos de prestación de servicios. Por lo tanto, ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de abordar esa materia.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia SU-070 de 2013¹², unificó su jurisprudencia en materia de la protección a la estabilidad laboral reforzada y algunos elementos que habilitaban a la madre a reclamar las garantías que se derivan de la misma.

En esa oportunidad, se ocupó de la protección a la estabilidad laboral de mujeres en estado de embarazo o periodo de lactancia, vinculadas a través de un contrato de prestación de servicios cuando se emplea esa esa modalidad contractual para ocultar una verdadera relación laboral. Para tal efecto, determinó que correspondía al funcionario judicial establecer los elementos de un contrato realidad y conceder el amparo como si se tratase de un contrato laboral a término fijo¹³.

Empero, no estableció alguna regla dirigida a la protección de mujeres en estado de embarazo que se encuentran vinculadas a través de un contrato de prestación

¹² M.P. Alexei Julio Estrada.

¹³ Al respecto señaló: "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. 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".

y, que exigen bajo esa modalidad contractual, las garantías que su condición de madre gestante o lactante les habilita para reclamar del Estado y de la sociedad.

De esta manera, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional en la sentencia T-715 de 2013¹⁴, manifestó que aunque en la sentencia SU-070 de 2013 no se fijó el alcance de la protección de la mujer en estado embarazo o periodo de lactancia, vinculada por medio de contrato de prestación de servicios, cuando no logra probarse la existencia de un contrato realidad¹⁵, no pueden desconocerse otros pronunciamientos¹⁶ que en esa materia ha proferido esa Corporación, a partir de los cuales arribó a la siguiente conclusión:

*“las madres gestantes o en período de lactancia que desarrollen sus labores bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, no pueden ser despedidas argumentando que el plazo para la ejecución del contrato llegó a su fin, pues el empleador debe demostrar que: (i) no subsiste el objeto desarrollado en la alternativa laboral; y (ii) que las causas que originaron la contratación desaparecieron. Aunque en las sentencias estudiadas no se expone como debe probarse tales condiciones, la Sala considera que debe hacerse remisión a la sentencia SU-070 de 2013, en el sentido la institución idónea para tal finalidad es el inspector del trabajo, ante el cual deberá desvirtuarse la presunción del despido injusto. En todo caso, la Sala considera que en el evento en que el objeto de la prestación de servicios no desaparezca, **debe entenderse que la madre gestante o en periodo de lactancia tiene derecho al pago de honorarios desde el momento mismo de la renovación de contratos, o la firma de otros distintos que encubren la continuidad en el desarrollo del mismo**”.*

En esa misma línea, la sentencia T-310 de 2015¹⁷, al examinar casos de protección laboral de personas que se encontraban en estado de debilidad manifiesta, como el de las mujeres en estado de embarazo, 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*

¹⁴ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵ *Así las cosas, debe entenderse que en la referida decisión de unificación, se señalaron unas consecuencias a determinadas situaciones fácticas delimitadas por (i) el tipo de contrato, (ii) el conocimiento del empleador del hecho objetivo del embarazo; y (iii) la causa que configuró el despido. Sin embargo, no se expuso que las situaciones que no fueran abordadas en tal sentencia, estuvieran desprovistas de las garantías para la maternidad, previstas por nuestro orden jurídico. De esta manera, la estabilidad laboral reforzada para mujeres en estado de embarazo o lactancia no se circunscribe, exclusivamente, a los casos analizados en la Sentencia SU-070 de 2013. Por tanto, el estudio de casos no contemplados en esa decisión, deberá efectuarse de conformidad con la jurisprudencia proferida por esta Corte al respecto”.*

¹⁶ Sentencias T-1201 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-529 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-225 de 2012 M.P. Humberto Sierra Porto, Sentencia T-222 de 2012 M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

jurídica que exista, lo importante es que se trata de un sujeto de especial protección constitucional)”.

Es así como la Corte Constitucional ha brindado la protección laboral reforzada a las mujeres en estado de embarazo o periodo de lactancia que han perdido su vinculación laboral, sin importar el tipo de contrato a través del cual se encontraban trabajando, pues ante las condiciones de debilidad manifiesta debe primar la situación personal y así determinar el tipo de ayuda que se le debe brindar.

Así que puede sostenerse que cuando se termina una relación laboral o contractual sin justificación alguna con una mujer en estado de embarazo o en periodo de lactancia, se vulneran sus derechos fundamentales y los derechos del que está por nacer.

Así las cosas, la protección reforzada a la mujer en estado de embarazo procede independientemente de la forma de vinculación, pues tal como lo indicó la Corte Constitucional *“resulta ineludible concluir 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”*¹⁸.

4. Estudio y solución del caso concreto

4.1. Verificación de los requisitos de procedibilidad

El presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto. Si bien, la demandante puede acudir a la jurisdicción ordinaria, este no es el mecanismo idóneo, pues la actora goza de una especial protección constitucional, como consecuencia de su estado de embarazo o periodo de lactancia.

Se cumple el requisito de la inmediatez, toda vez que el contrato de prestación de servicios culminó el 31 de agosto de 2017 y la acción de tutela se presentó el 27 de septiembre de la misma anualidad, esto es, **27 días** después, dentro de un término prudencial.

¹⁸ Sentencia SU-070 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada.

Se advierte, entonces, que se han superado los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, por lo que la Sala procederá a efectuar el análisis de fondo del asunto.

4.2. Los derechos fundamentales de la accionante y de su hijo deben ser amparados

4.2.1. Previo a entrar al análisis de fondo del caso concreto, la Sala considera necesario reiterar las reglas aplicables, conforme a las consideraciones desarrolladas en esta providencia. Así, (i) el alcance de la protección a la mujer gestante o lactante corresponde garantizarla al Estado y a la sociedad, (ii) no se determina por la modalidad de la vinculación laboral, sino por los fundamentos constitucionales que persigue dicha garantía, los cuales buscan asegurar el acceso y la permanencia en condiciones de igualdad al mercado laboral, la continuidad en el servicio de salud y la consecución de los recursos económicos que permitan su manutención y la de su hijo.

De acuerdo con ello, al juez constitucional le corresponde establecer si esas garantías mínimas se encuentran amenazadas o vulneradas por causa de la terminación del contrato de prestación de servicios durante el embarazo o periodo de lactancia y, en caso de ser así, adoptar medidas dirigidas a garantizar la efectiva protección constitucional de las mismas, siempre que el empleador no demuestre que el objeto de la prestación de servicios no hubiere desaparecido.

4.2.2. Descendiendo al caso concreto, observa la Sala que la actora argumentó que el DANE desconoció sus derechos fundamentales a la dignidad humana, mínimo vital, seguridad social, estabilidad laboral reforzada y los derechos del menor, por cuanto sin atender su estado de embarazo no renovó el contrato de prestación de servicios, a pesar de que el 28 de agosto de 2017¹⁹, esto es, en la ejecución del mismo, informó que se encontraba en la semana 18 de gestación.

Por su parte, el DANE aseguró que la terminación del contrato de prestación de servicios N° 719 de 27 de julio de 2017, no fue una medida tomada en razón de su estado de embarazo, sino que obedeció a la finalización del plazo estipulado en el contrato.

¹⁹ Folio 11 del cuaderno principal.

4.2.3. En el presente caso se encuentra acreditado que la actora estaba vinculada a la entidad accionada a través de un contrato de prestación de servicios, que finalizó por vencimiento del plazo el 31 de agosto de 2017, pese a que aquella informó de su estado de embarazo el 28 de agosto de 2017, cuando tenía 18 semanas de gestación.

4.2.4. Igualmente, la Sala evidenció que la accionante actualmente se encuentra vinculada en el régimen subsidiado de salud en condición de madre cabeza de familia²⁰. A partir de esa circunstancia, se constató que aquella no ha logrado vincularse en otra actividad económica que le permita garantizar la continuidad en el servicio de salud al que accedía cuando estaba cotizando al régimen de salud y a los recursos económicos necesarios para garantizar su subsistencia y la de su hijo. Es decir, que su mínimo vital y el de su hijo recién nacido se encuentran afectados por cuanto no percibe ningún tipo de honorarios.

4.2.5. Ahora bien, en cuanto al objeto del contrato²¹ la Sala observa que el mismo consistía en *“la prestación de servicios de apoyo a la gestión para realizar la sensibilización, el monitoreo, acompañamiento y del levantamiento de la información durante el desarrollo de la encuesta de Ambiente y Desarrollo Institucional Nacional - EDI y encuesta de Ambiente y Desempeño Institucional Departamental – EDID, a efectuarse por medio de la página web del DANE”*.

Sobre ese objeto contractual, el DANE aseguró que el mismo había desaparecido, razón por la cual decidió no renovar la vinculación de la accionante. Ese argumento, en principio, resulta admisible en tanto el ordenamiento jurídico ha dado ese alcance al contrato de prestación de servicios, sin embargo, teniendo en cuenta que previamente la contratista había informado acerca de su estado de embarazo, la Sala considera que esa decisión debió adoptarse atendiendo a los deberes constitucionales del Estado y de la sociedad que le debe brindar protección especial a las mujeres durante el periodo de embarazo y de lactancia.

En efecto, la actividad principal del DANE (producción y difusión de información estadística) y la labor para la que fue contratada Vivian Vanessa relativa a la sensibilización, el monitoreo, acompañamiento y de levantamiento de la

²⁰ Consulta realizada con documentos de identidad en la página web del RUAF <http://ruafsvr2.sispro.gov.co/>

²¹ Folio 13 a 15 del cuaderno principal.

información durante el desarrollo de una encuesta, permite a la Sala inferir las posibilidades que tenía la entidad para mantener vigente la relación contractual de la actora pues aun cuando la encuesta “*Ambiente y Desarrollo Institucional Nacional - EDI y encuesta de Ambiente y Desempeño Institucional Departamental – EDID*” al parecer finalizó, ello no impedía a la entidad vincularla en otra encuesta, de tal forma que atendiendo una necesidad permanente, garantizara a la actora el acceso a la licencia de maternidad, a los recursos económicos necesarios para su subsistencia y la continuidad en el servicio de salud al que accedía como cotizante del régimen contributivo para ella y su hijo.

Con base en lo anteriormente expuesto, la Sala revocará la decisión del *a quo* y accederá al amparo de los derechos fundamentales a la maternidad y al interés superior del menor. En su lugar, ordenará al DANE que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo garantice la continuidad en el contrato de prestación de servicios que finalizó el 31 de agosto de 2017, con el fin de que, por lo menos, 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. Esa continuidad tiene por objeto, adicionalmente, que pueda acceder a la licencia de maternidad en los términos consagrados en el Código Sustantivo del Trabajo.

5. Razón de la decisión

La Sala revocará de decisión impugnada y amparará los derechos fundamentales a la maternidad y al interés superior del menor, vulnerados a la accionante, en razón a que no se renovó el contrato de prestación de servicios suscrito con el DANE, sin que mediara una razón objetiva, la cual no podía ser únicamente la finalización del plazo pactado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVÓCASE la decisión proferida el 19 de octubre de 2017, por Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó el amparo constitucional de los derechos fundamentales de la actora. En su lugar,

Segundo.- AMPÁRANSE los derechos fundamentales a la maternidad y al interés superior del menor, por las razones expuestas.

Tercero.- ORDÉNASE al Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo garantice continuidad en el contrato de prestación de servicios que finalizó el 31 de agosto de 2017, con el fin de que, por lo menos, 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. Esa continuidad tiene por objeto, adicionalmente, que pueda acceder a la licencia de maternidad en los términos consagrados en el Código Sustantivo del Trabajo.

Cuarto.- NOTIFÍQUESE esta decisión por el medio más eficaz y expedito posible, como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Quinto.- REMÍTASE el expediente de tutela a la Corte Constitucional para que surta el trámite de eventual revisión previsto en el artículo 86 de la Constitución Política.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

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

MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL
BASTO
Consejera

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Consejero

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ
RAMÍREZ

Consejero