

ACCION DE TUTELA - Noción / ACCION DE TUTELA - Procedencia

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley. La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el mecanismo de defensa judicial ordinario debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado, siempre que esté acreditada la razón para conferir la tutela.

FUERO DE MATERNIDAD - Definición y límites / ESTABILIDAD LABORAL DE MUJERES EN ESTADO DE EMBARAZO - Noción y alcance / ESTABILIDAD LABORAL DE MUJERES EN ESTADO DE EMBARAZO - Procedencia y requisitos / FUERO DE MATERNIDAD - No aplica en los contratos de prestación de servicios

El fuero de maternidad está previsto en el artículo 43 y 53 de la Constitución Política. En concreto, esa protección consiste en el derecho de la mujer a no ser despedida por razón del embarazo. Vale aclarar que la protección que otorga el fuero de maternidad no va al extremo de considerar que la mujer en estado de embarazo es inamovible. Es decir, si la terminación del vínculo laboral tiene sustento en una justa causa y no en el embarazo o lactancia, no hay lugar a la protección del fuero de maternidad, pues el fuero de maternidad sólo protege que el despido no sea por razón del embarazo. La Sala debe precisar que, en su criterio, el fuero de maternidad sólo procede en los casos en que existe una auténtica relación laboral, bien sea una vinculación por contrato de trabajo o por una vinculación legal y reglamentaria, el último caso, vinculación propia del sector público, por lo tanto, para la Sala, el fuero de maternidad no se aplica en los contratos de prestación de servicios, pues en esos casos no se configura una relación laboral y no podría extenderse la protección creada para los vínculos estrictamente laborales. La única forma para que, en esos eventos, se aplique el fuero de maternidad es que se demuestre que se configuraron los elementos de una auténtica relación laboral. Sin embargo, ese estudio le corresponde al juez de la acción ordinaria laboral o al juez administrativo, según sea el caso, no al juez de tutela, pues se trata de una discusión estrictamente legal y probatoria, en la medida en que debe establecerse si se cumplen los requisitos previstos en los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo. La acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar que se ha configurado un contrato realidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA ARTICULO 43 / CONSTITUCION POLITICA ARTICULO 53

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA - Improcedente en los contratos de prestación de servicios / FUERO DE MATERNIDAD - Procede amparo mediante acción de tutela cuando existe relación laboral

Los contratos de prestación de servicios están regidos por las normas de derecho civil, comercial, mas no por las normas que regulan las relaciones laborales, que es de las que se deriva la llamada estabilidad laboral reforzada. En consecuencia, el juez de tutela sólo puede intervenir para proteger el fuero de maternidad en los casos en que no se discuta la existencia de una relación laboral, bien sea por

contrato de trabajo o por vinculación legal y reglamentaria. La protección a la maternidad, se insiste, es una cuestión propia de los casos en que no hay duda de la existencia del vínculo laboral entre el empleador y el trabajador... entre la demandante y el DANE no existió una relación laboral. Es más, la demandante ni siquiera cuestiona que su vinculación hubiese sido mediante contrato de prestación de servicios. El juez de tutela, entonces, no puede intervenir en este caso, pues, como se dijo, la intervención sólo procede cuando esté demostrado que existió una auténtica relación de trabajo. Como en este caso no existió una relación de trabajo y la demandante ni siquiera lo alegó, la acción de tutela es improcedente para la proteger los derechos invocados. En todo caso, debe precisarse que si bien la actora afirmó que la terminación del contrato obedeció a su embarazo, lo cierto es que no aportó ninguna prueba que así lo demostrara. Por el contrario, en el expediente hay prueba de que el DANE tuvo conocimiento del estado de embarazo... 15 días después de haberse terminado el contrato de prestación de servicios. Luego, no puede concluirse que el despido obedeció al estado de embarazo de la demandante y aunque se hubiere probado que la terminación obedeció al estado de embarazo, esa es una cuestión que tampoco incumbe al juez de tutela, sino al juez del contrato. En realidad, la Sala encuentra que la terminación del contrato se dio porque se cumplió el término por el que se había contratado el servicio. Es decir, que existió justa causa y obedeció única y exclusivamente a que el plazo contractual y la labor contrata se cumplieron.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá, D.C., tres (3) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00495-01(AC)

Actor: MAIRA FERNANDA MONA SAENZ

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADISTICA - DANE

La Sala decide la impugnación interpuesta por la señora Maira Fernanda Moná Sáenz contra la sentencia del 27 de mayo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que resolvió:

“PRIMERO: DENÍEGASE la acción de tutela impetrada por la señora MAIRA FERNANDA MONA SAENZ (sic), conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: ÍNSTASE a la señora MAIRA FERNANDA MONA SAENZ (sic) para que acuda a la EPS a la cual se encuentra afiliada, la cual tiene la obligación de prestar la atención en salud que requiera durante y después de cumplido su periodo de gestación, con el fin de programar controles natales, postnatales y el respectivo procedimiento de parto.

(...)"

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

La señora Maira Fernanda Moná Sáenz presentó acción de tutela contra el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, por cuanto consideró vulnerados los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la salud y a la protección del *nasciturus*. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

"Solicito al señor Juez, en atención al derecho fundamental al TRABAJO, A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, FUERO DE MATERNIDAD, a la SALUD, ORDENE A la persona jurídica DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (sic) - DANE- para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas proceda a i) REINTEGRARME en un cargo igual o mayor jerarquía, ii) a afiliarme al sistema de seguridad social y iii) al pago de los honorarios dejados de recibir desde cuando me despidieron".

3. Hechos

Del escrito de tutela, se extraen los siguientes hechos relevantes:

Que, mediante contrato de prestación de servicios del 12 de septiembre de 2012, la demandante se vinculó al Departamento Administrativo Nacional de Estadística (en adelante DANE).

Que, el 31 de marzo de 2013, el DANE terminó el contrato de prestación de servicios, a pesar de que la actora tenía 5 semanas de gestación.

Que, el 15 de septiembre de 2013, la demandante pidió al DANE que *"la reintegrara al cargo que desempeñaba"*, por cuanto estaba en embarazo, pero que, el 3 de mayo de 2013, la entidad denegó la solicitud.

Que el DANE terminó el contrato de prestación de servicios de la actora porque estaba en embarazo y que, por lo tanto, desconoció que tenía protección laboral reforzada. Que, además, el DANE no pidió la autorización al Ministerio de la Protección Social para efectos de terminar el contrato de prestación de servicios.

Que la demandante no tiene recursos económicos para costear los controles natales ni postnatales y que tampoco puede pagar el procedimiento quirúrgico del parto. Que, por ende, debían ampararse los derechos fundamentales vulnerados y ordenarle al DANE que la “reintegre al cargo” que desempeñaba y que la afiliara nuevamente a una EPS.

4. La intervención del Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE

El director del DANE solicitó que se denegaran las pretensiones de la demandante, por las razones que se resumen así:

Que la demandante se vinculó con el DANE mediante contrato de prestación de servicios, que se rige por el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Que, por lo tanto, entre la actora y el DANE nunca existió una relación laboral.

Que no es cierto que el contrato de prestación de servicios suscrito entre la demandante y el DANE hubiese terminado por razón del embarazo. Que ni siquiera hay prueba de que la demandante hubiese informado sobre su estado de embarazo. Que, en realidad, el contrato se terminó porque, conforme con la cláusula tercera del contrato, el plazo por el que se contrató se había cumplido.

Que, en todo caso, si la actora estaba inconforme con la terminación del contrato de prestación de servicios debió acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero no interponer la acción de tutela como si se tratara de un mecanismo principal.

5. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante sentencia del 27 de mayo de 2013, denegó las pretensiones de la tutela. No obstante, requirió a la actora para que acudiera a la EPS a la que estaba afiliada para que le brinde los servicios de salud que necesita antes y después del embarazo.

El tribunal, en concreto, consideró lo siguiente:

Que, en principio, las controversias que surjan por la terminación de un vínculo

laboral deben cuestionarse mediante las acciones judiciales pertinentes ante las jurisdicciones ordinaria o de lo contencioso administrativo, según el caso. Que, no obstante, la acción de tutela puede resultar el medio idóneo para la protección de los derechos fundamentales, siempre que se advierta la presencia de un perjuicio irremediable.

Que en los casos en los que mediante acción de tutela se pida protección del fuero de maternidad debe demostrarse la existencia de una relación laboral o que se demuestre que se ha configurado el llamado contrato realidad.

Que, en el caso concreto, la demandante suscribió contrato de prestación de servicios con el DANE y que, por ende, no generó una relación laboral, sino un vínculo regido por las normas de contratación administrativa.

Que si bien la terminación del contrato coincidió con el embarazo de la actora, eso no demostraba que la terminación del contrato hubiese obedecido al embarazo. Que la razón de la terminación del contrato fue el cumplimiento del plazo acordado en el contrato de prestación de servicios.

Que, además, el DANE sólo tuvo conocimiento del embarazo de la demandante 15 días después de la terminación del contrato de prestación de servicios. Que, por ende, la razón de la terminación del contrato obedeció únicamente al cumplimiento del término por el que se contrató.

Que no es cierto que el DANE debiera contar con la autorización del inspector del trabajo para terminar el contrato de prestación de servicios, pues lo cierto es que ese contrato se rige por la Ley 80 de 1993, no por el Código Sustantivo del Trabajo.

Que, finalmente, debía tenerse en cuenta que la falta de atención en salud no era responsabilidad del DANE, pues, conforme con el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, el pago de los aportes a salud y pensión es responsabilidad del contratista.

6. La impugnación

La demandante impugnó la sentencia del 27 de mayo de 2013. Solicitó que se revocara y que, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la acción de tutela.

Alegó que la sentencia del tribunal desconoció la sentencia de unificación de la Corte Constitucional 070 de 2013 y que, además, el tribunal estudió el caso como si se trata de un típico caso de contrato realidad, cuando debió estudiar *“la protección constitucional y legal que así sea en materia de contratos de prestación de servicios tiene la mujer trabajadora embarazada”*.

CONSIDERACIONES

1. De la acción de tutela. Generalidades

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el mecanismo de defensa judicial ordinario debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado, siempre que esté acreditada la razón para conferir la tutela.

2. De la estabilidad laboral para mujeres en estado de embarazo

El fuero de maternidad está previsto en el artículo 43¹ y 53² de la Constitución Política. En concreto, esa protección consiste en el derecho de la mujer a no ser

¹ “ARTÍCULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia” (Se resalta).

² “ARTÍCULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

despedida por razón del embarazo. Vale aclarar que la protección que otorga el fuero de maternidad no va al extremo de considerar que la mujer en estado de embarazo es inamovible. Es decir, si la terminación del vínculo laboral tiene sustento en una justa causa y no en el embarazo o lactancia, no hay lugar a la protección del fuero de maternidad, pues el fuero de maternidad sólo protege que el despido no sea por razón del embarazo.

La Sala debe precisar que, en su criterio, el fuero de maternidad sólo procede en los casos en que existe una auténtica relación laboral, bien sea una vinculación por contrato de trabajo o por una vinculación legal y reglamentaria, el último caso, vinculación propia del sector público. Empero, en los casos en que no exista relación laboral el fuero de maternidad no puede aplicarse.

Por lo tanto, para la Sala, el fuero de maternidad no se aplica en los contratos de prestación de servicios, pues en esos casos no se configura una relación laboral y no podría extenderse la protección creada para los vínculos estrictamente laborales. La única forma para que, en esos eventos, se aplique el fuero de maternidad es que se demuestre que se configuraron los elementos de una auténtica relación laboral. Sin embargo, ese estudio le corresponde al juez de la acción ordinaria laboral o al juez administrativo, según sea el caso, no al juez de tutela, pues se trata de una discusión estrictamente legal y probatoria, en la medida en que debe establecerse si se cumplen los requisitos previstos en los artículos 23³ y 24⁴ del Código Sustantivo del Trabajo. La acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar que se ha configurado un contrato realidad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores." (Se resalta).

³ "ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES.

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

- a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
- c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen."

⁴ "ARTÍCULO 24. PRESUNCIÓN. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo."

Como se sabe, los contratos de prestación de servicios están regidos por las normas de derecho civil, comercial, mas no por las normas que regulan las relaciones laborales, que es de las que se deriva la llamada estabilidad laboral reforzada.

En consecuencia, el juez de tutela sólo puede intervenir para proteger el fuero de maternidad en los casos en que no se discuta la existencia de una relación laboral, bien sea por contrato de trabajo o por vinculación legal y reglamentaria. La protección a la maternidad, se insiste, es una cuestión propia de los casos en que no hay duda de la existencia del vínculo laboral entre el empleador y el trabajador.

3. Del caso concreto

La señora Maira Fernanda Moná Sáenz pidió la protección de los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la salud y a la protección del *nasciturus*, que consideró vulnerados por el DANE, por cuanto dio por terminado el **contrato de prestación de servicios** que suscribieron. A juicio de la demandante, el DANE no podía terminar el contrato porque estaba en embarazo y, como lo hizo, desconoció la especial protección a la mujer en proceso de gestación.

Del análisis del expediente, la Sala advierte que la señora Maira Fernanda Moná Sáenz se vinculó al DANE mediante el contrato de prestación de servicios número 029 del 9 de enero de 2013, que tenía por objeto la prestación de servicios por parte de la señora Moná Sáenz para realizar *“la sensibilización urbana de la recolección de la información de la Gran Encuesta integrada de Hogares durante los meses de enero a marzo de 2013”*.

En la cláusula tercera de ese contrato se previó el término de ejecución del contrato, en los siguientes términos: *“el contratista ejecutará el servicio objeto del presente contrato en un término contado a partir del registro presupuestal y hasta el 31 de marzo de 2013”*.

Lo anterior demuestra que entre la demandante y el DANE no existió una relación laboral. Es más, la demandante ni siquiera cuestiona que su vinculación hubiese sido mediante contrato de prestación de servicios.

El juez de tutela, entonces, no puede intervenir en este caso, pues, como se dijo, la intervención sólo procede cuando esté demostrado que existió una auténtica relación de trabajo. Como en este caso no existió una relación de trabajo y la demandante ni siquiera lo alegó, la acción de tutela es improcedente para la proteger los derechos invocados.

En todo caso, debe precisarse que si bien la actora afirmó que la terminación del contrato obedeció a su embarazo, lo cierto es que no aportó ninguna prueba que así lo demostrara. Por el contrario, en el expediente hay prueba de que el DANE tuvo conocimiento del estado de embarazo de la señora Moná Sáenz el 15 de abril de 2013, es decir, 15 días después de haberse terminado el contrato de prestación de servicios. Luego, no puede concluirse que el despido obedeció al estado de embarazo de la demandante y aunque se hubiere probado que la terminación obedeció al estado de embarazo, esa es una cuestión que tampoco incumbe al juez de tutela, sino al juez del contrato.

En realidad, la Sala encuentra que la terminación del contrato se dio porque se cumplió el término por el que se había contratado el servicio. Es decir, que existió justa causa y obedeció única y exclusivamente a que el plazo contractual y la labor contratada se cumplieron.

Si de lo que se trata es de demostrar que se configuraron los elementos de una auténtica relación laboral, lo propio es que la actora acuda al proceso ordinario para así demostrarlo y para hacer efectiva la protección que aquí quiere hacer valer, a pesar de que no está probada la relación laboral.

Finalmente, vale decir que, tal como lo concluyó el *a quo*, el DANE no debía pedir autorización al inspector del trabajo para la terminación del contrato 029 de 2013, pues ese contrato se rigió por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no por el Código Sustantivo del Trabajo, como erróneamente lo alegó la demandante.

Las anteriores razones son suficientes para confirmar la decisión de primera instancia, que denegó las pretensiones de la señora Maira Fernanda Moná Sáenz.

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

FALLA

1. **CONFIRMASE** la sentencia impugnada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.
2. Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA