

OFICINA ASESORA DE CONTROL INTERNO

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA



FUERO DE MATERNIDAD NO SE APLICA EN CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS

La línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional en relación con el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas parte de la idea de que el despido, en esos casos, es discriminatorio, porque afecta a un grupo de

Especial protección constitucional y vulnera los derechos de quien está por nacer.

Sobre ese supuesto, la Corte ha definido los criterios básicos que deben aplicar los Jueces al resolver las tutelas promovidas para amparar ese derecho, los cuales están relacionados, entre otros aspectos, con la fecha del despido, la notificación del estado de embarazo y la afectación del mínimo vital de la tutelante.

Una de esas reglas ha sido especialmente polémica: la que ordena garantizar el fuero de maternidad, independientemente del tipo de vinculación laboral de la trabajadora.

La Sección Quinta del Consejo de Estado se pronunció al respecto, al negar la tutela que interpuso una contratista de la Contraloría General de la República que fue desvinculada de la entidad por el vencimiento del plazo de su contrato, a pesar de que estaba embarazada.

El fallo destaca que la posición de la Corte sobre ese punto no ha sido clara. De hecho, retoma los argumentos

OFICINA ASESORA DE CONTROL INTERNO

expuestos por el magistrado Humberto Sierra en un salvamento de voto a la Sentencia T-069 del 2010, que amparó el derecho a la estabilidad reforzada de varias mujeres vinculadas por contratos de prestación de servicios (Ver *El debate en la Corte Constitucional*).

Apoyándose en el salvamento, la Sección señaló que esos contratos no generan los mismos efectos jurídicos que la ley les da al contrato de trabajo y a la relación legal y reglamentaria¹.

El Ministerio del Trabajo al absolver una consulta en relación con la suspensión del contrato de prestación de servicios, por licencia de maternidad, conceptuó:

"La legislación que regula la contratación estatal, concretamente la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007 y sus Decretos Reglamentarios, no contempló las causales de suspensión del contrato de prestación de servicios celebrado con una entidad pública, motivo por el cual, debe señalarse que no existe ninguna disposición normativa que consagre de forma expresa, la suspensión del contrato en virtud de la licencia de maternidad de la contratista.

En el sector privado, debe señalarse igualmente la presencia del vacío normativo que existe sobre el particular; motivo por el cual, teniendo en cuenta que el contrato es ley para las partes, en cuanto obedece al acuerdo de voluntades, a juicio de esta Oficina, serán las partes intervinientes quienes señalen **en el contrato las causales de suspensión y quienes determinen el alcance de los eventos que constituyen fuerza mayor o caso fortuito, esto es, si la licencia de maternidad puede considerarse como tal.**

No obstante lo anterior, si a pesar de la licencia de maternidad, las partes contratantes acuerdan no suspender el contrato de prestación de servicios, y la contratista acredita el cumplimiento de las actividades contratadas, en criterio de este Despacho habrá lugar al pago de honorarios, por cuanto el objeto del mismo está siendo ejecutado.

(...) En esta medida, se considera **que si las partes deciden suspender el contrato de prestación de servicios, y por ende, disfrutar del periodo de la licencia de maternidad, dicha prestación económica será asumida por la EPS; en caso contrario, esto es, si no hubo suspensión del contrato de**

¹ Revista *Ámbito Jurídico*/www. Ambitojuridico.com



OFICINA ASESORA DE CONTROL INTERNO

prestación de servicios y la contratista continúa laborando, la EPS asumirá el pago de la licencia, y el contratante deberá cancelar los honorarios convenidos.

Sin perjuicio del criterio antes señalado, es preciso reiterar que como no es un asunto regulado por el ordenamiento jurídico laboral, son las partes contratantes quienes, de común acuerdo, deben determinar si suspenden o no el contrato de prestación de servicios".²

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 realidad³.

² Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Trabajo, radicado No. 95757 / 00112747 del 2 de agosto de 2012.

³ CONSEJO DE ESTADO

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS Bogotá, D.C., tres (3) de julio de dos mil trece (2013) **Radicación**



EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO
CARMEN EMILIA OSPINA
NIT 813.005.265-7



OFICINA ASESORA DE CONTROL INTERNO

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

**IVAN DARIO GUTIERREZ
CARDOZO**
Auditor Jurídico Control Interno.

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