

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ
Magistrado Ponente

STC2695-2014

Radicación N° 11001-22-03-000-2013-02171-01

(Discutido y aprobado en sesión de cinco de marzo de dos mil catorce)

Bogotá, D.C., seis (6) de marzo de dos mil catorce (2014)

Se decide la impugnación formulada frente al fallo proferido el 19 de diciembre de 2013, por la **Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá**, dentro de la acción de tutela promovida por **Diana Lizeth Sarmiento Gómez** contra el **Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-**.

ANTECEDENTES

1. La actora reclama la protección de los derechos fundamentales al trabajo, salud e igualdad, presuntamente vulnerados por la autoridad acusada.

En consecuencia, solicita que se ordene al convocado que la «*vincule laboralmente en la modalidad de contrato de prestación de servicios u otra modalidad, esto con el fin de tener la oportunidad de afiliar[se] a una EPS para que especialmente se garantice la prestación de servicio de salud*

a [su] menor hijo (...), quien solamente cuenta con tres meses de nacido (...); y que se garantice su vinculación laboral «mínimo por 1 año, toda vez, que para [su] menor hijo en su primer año de vida es de vital importancia el estar afiliado a una EPS (...)» más cuando «tiene un diagnóstico de quiste aracnoideo retrocerebeloso» (fl. 24, cdno. 1).

2. La accionante, sustenta la queja constitucional, en síntesis, así:

2.1. El 2 de mayo de 2013 suscribió un contrato de prestación de servicios con el Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo Nacional de Estadística – FONDANE-, con el que ya había firmado anteriormente tres contratos y al que le había informado desde el 26 de febrero anterior, que se encontraba embarazada, anexando la certificación médica de su EPS.

2.2. El 18 de julio de ese mismo año, formuló un derecho de petición ante la referida entidad, exponiendo su condición de madre cabeza de familia y solicitando la continuidad de su contrato de conformidad con su situación económica y su estado de vulnerabilidad; y el 6 de agosto siguiente, le fue contestada su solicitud indicándole que le garantizarían los derechos que le corresponden y que se acercara a la oficina del señor Rigoberto Osuna para tal fin.

2.3. El 11 de agosto de 2013 nació su hijo, y el 16 de noviembre siguiente se cumplió su licencia de maternidad, la que fue pagada por la EPS Compensar.

2.4. El señor Osuna le informó que a partir del 18 de noviembre «*iniciaban unas encuestas, en las cuales [ella] iba a trabajar*», empero a la fecha no ha recibido respuesta sobre su vinculación laboral con el DANE (fl. 24, cdno. 1).

2.5. Ha cursado siete semestres de Licenciatura en Educación Básica con énfasis en Humanidades y Lengua, pero no se matriculó en el segundo semestre del 2013 por el nacimiento de su descendiente; no puede seguir pagándole a Compensar EPS por falta de recursos económicos; y el padre de su hijo es estudiante y desempleado.

3. En respuesta a la demanda de tutela, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística indicó que la relación con la accionante «*deviene precisamente de un contrato de prestación de servicios contemplado en el Estatuto de Contratación Estatal*» -numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993- sin subordinación ni dependencia; que el último contrato celebrado con la gestora finalizó el 31 de julio de 2013; que en respuesta al derecho de petición que aquella elevó, le contestó que a ese tipo de convenios no era viable darles continuidad, ya que el objeto y el cronograma habían culminado; que de conformidad con lo indicado por el Consejo de Estado el fuero de maternidad no se aplica en los casos en los que no existe una relación laboral; que en todos los contratos suscritos se plasmó la cláusula de exclusión de relación laboral; que a la promotora se le pagaron todos los honorarios acordados; que las entidades del Estado pueden contratar personal para desarrollar actividades de carácter temporal, lo cual no genera obligación de continuidad, ni con ello adquieren estatus de empleados públicos o trabajadores oficiales; que existen otros mecanismos de defensa; y que no ha vulnerado ningún derecho (fl. 39, cdno. 1).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal constitucional negó el amparo al considerar que la desvinculación «*no ocurrió durante la época del embarazo, tampoco se dio con ocasión de éste y se le canceló el valor correspondiente a la licencia de*

maternidad, de manera que para cuando introdujo esta súplica constitucional no existía por sustracción de materia, la posibilidad de concederle la protección deprecada»; que de conformidad con lo previsto en el artículo 50 de la Carta Política resulta evidente que el menor no va a carecer del servicio de salud; y que la gestora contó hasta el 11 de diciembre de 2013 con atención por parte de la EPS Compensar, por lo que no se desconoció el fuero de maternidad (fl. 60, cdno. 1),

LA IMPUGNACIÓN

A través de apoderado judicial, la accionante impugnó el referido fallo reiterando los argumentos expuestos en el escrito inicial y aduciendo, en compendio, que se suscribieron cuatro contratos en forma continua; que el nacimiento del menor se produjo once días después de la terminación del contrato; que esperan que se haga efectiva la *«promesa de trabajo siquiera mínimo por un año»*, pues está de por medio su mínimo vital; que no se constató que el señor Rigoberto Osuna le dijo que iban a revisar su perfil profesional para definir en qué encuesta la podían reubicar; que es difícil la aplicación del artículo 50 de la Constitución Política *«por todos los inconvenientes que a diario se presentan en los diferentes centros asistenciales de salud del país»*; que los niños gozan de una especial protección; y que no se analizaron los derechos vulnerados (fl. 66 y 68, cdno. 1).

CONSIDERACIONES

1. Al tenor del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo singular establecido para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, frente a la amenaza o violación que pueda

derivarse de la acción u omisión de las autoridades públicas o, en determinadas hipótesis, de los particulares.

También se ha decantado que este instrumento de defensa no fue establecido para sustituir o desplazar las competencias propias de las autoridades judiciales o administrativas, pues, mientras las personas tengan a su alcance medios regulares de defensa judicial o los mismos estén siguiendo su curso normal, no es dable acudir a esta acción constitucional, a menos que la tutela se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y, por supuesto, se observe el requisito de la inmediatez connatural a su ejercicio.

2. Sobre la desvinculación laboral de las mujeres que se encuentran en los periodos de gestación, parto y lactancia, se ha precisado que:

es ineficaz (...) cuando la causa ha sido precisamente la maternidad, pensamiento que respaldan los artículos 239 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que ‘se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto’ y ‘no producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique a la trabajadora en tales periodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionadas’.

Pero para establecer si realmente se configuró la causal de ineficacia, ‘en cada caso concreto se deben analizar las condiciones objetivas del despido, así como las subjetivas de la mujer embarazada, señalando que la comprobación fáctica que debe efectuar el juez constitucional debe evidenciar los siguientes elementos para que proceda el amparo transitorio del derecho a la estabilidad reforzada, a saber: a) que el despido se ocasione

durante el período amparado por el 'fuero de maternidad', esto es, que se produce en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto (artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo). b) que a la fecha del despido el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley. c) que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique. (...). d) que no medie autorización expresa del inspector del trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública. e) que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer'. Subraya la Corte (CSJ STC 20 mar. 2013, Rad. 00021-01).

3. De los medios de convicción obrantes en las presentes diligencias se anticipa la improcedencia del resguardo impetrado, como quiera que no se observa vulneración de las prerrogativas esenciales de la accionante con la terminación del contrato de prestación de servicios en el DANE, sino por el contrario una causal objetiva y razonable.

En efecto, se advierte que la gestora fue contratada mediante la modalidad de prestación de servicios en cuatro ocasiones con el fin de «realizar la recolección urbana de la información en la Encuesta Uso del Tiempo», en los periodos de: a) agosto a diciembre de 2012; b) enero de 2013; c) febrero a abril de 2013; y d) mayo a julio de 2013.

Asimismo se observa que la promotora informó a la convocada sobre su embarazo el 26 de febrero de 2013, es decir, antes de celebrar el último contrato de prestación de servicios -mayo a julio de 2013-; que en dicho contrato se

consignó que como la *«encuesta tiene un periodo de recolección de un año, el cual inició en agosto de 2012, se hace necesario dar continuidad al operativo de 2013, en el periodo comprendido de mayo a julio»*, por lo que se contratarían doce *«recolectores urbanos para realizar la recolección de información»*; y que en la respuesta al derecho de petición que elevó, la entidad accionada le informó que *«la Encuesta Uso del Tiempo se dio por terminada para el rol de recolectores el día 31 de julio de 2013, por esta razón consideramos que frente a la solicitud de dar continuidad al contrato que usted suscribió con el Fondo Rotatorio del DANE (No. 88 de 2013), no es viable, motivo que de acuerdo con el objeto contractual, y en consideración al cronograma operativo considerar la continuidad de este, se iría en transgresión de los principios y lineamientos de la contratación en las entidades públicas (...)*» (fls. 15 y 16, cdno. 1).

En ese contexto, se aprecia que los contratos que suscribió la accionante dependían de una labor concreta, esto es, la encuesta uso del tiempo, por lo que de lo relatado no se desprende que con ocasión de su embarazo se haya terminado el contrato.

Luego, es de recordarse que es improcedente el resguardo cuando *«no hay evidencia de que la desvinculación de la tutelante haya sucedido a propósito de su embarazo, y por tanto, no está demostrada actuación arbitraria que imponga la intervención del juez de tutela como ya lo ha expresado la Corte, razón suficiente para negar el amparo (...)*» (Sentencia de 20 de marzo de 2013, exp. 68001-22-13-000-2013-00021-01).

En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional ha indicado que:

(i) la medida más efectiva del fuero de maternidad es el reintegro o renovación del contrato, y que (ii) en los casos en que el reintegro o la renovación se torna imposible desde el punto de vista fáctico, es procedente la medida de protección sustituta, es decir el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento que la mujer adquiriera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad, resulta pertinente hacer referencia, precisamente, a los casos en los cuales la Corte ha considerado que dicha medida de reintegro no procede: 1) Cuando la empresa se ha liquidado o está en proceso de extinción la persona jurídica que la sustenta, 2) Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba, ha sido provisto por concurso de méritos, 3) Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba fue creado por la administración pública, para el desempeño puntual de funciones transitorias relativas a la eficacia, celeridad y mejoramiento de la función pública, como por ejemplo los cargos denominados de descongestión y, 4) Cuando la existencia de la relación laboral entre la mujer gestante y empleador, dependía íntimamente de la subsistencia de un contrato previo celebrado por el empleador (...)

*Pues bien, del juicioso análisis de los supuestos fácticos dónde esta Corte ha concluido que no es procedente la medida de protección principal (reintegro o renovación) como derivada del fuero de maternidad: sentencias T-534/09; T-245/07; T633/07; T-069/07; T-1210/05, esta Sala advierte que **‘la desvinculación de la peticionaria no ocurrió debido a una discriminación de orden subjetivo, en la medida en que la separación del cargo no tuvo relación alguna que haya sido probada en el expediente con su estado de embarazo’ sino que por el contrario, se debió a una causa objetiva, general y legítima que no dependía de la liberalidad del empleador**, pues en la gran mayoría de los casos obedecía a las consecuencias de aplicar una norma legal, convencional o*

constitucional que, en determinado momento, debió entrar a regular dicha relación laboral (...)

*Puede concluirse de las anteriores consideraciones que cuando pueda inferirse razonadamente que la conservación de la alternativa laboral de la mujer embarazada, mediante una orden de reintegro o renovación, es fácticamente imposible en un caso concreto debido a que han operado **causas objetivas, generales y legítimas** que ponen fin a la relación laboral: corresponde al juez de tutela aplicar la medida de protección sustituta correspondiente al reconocimiento de cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y el correlativo reconocimiento de la licencia de maternidad” (Subrayado fuera de texto, Sentencia T-082 de 16 de febrero de 2012).*

Así las cosas, se concluye la inviabilidad del resguardo impetrado, pues existió una causa objetiva para la terminación del contrato de la accionante, le fueron prestados los servicios de salud durante el embarazo y tal como lo afirmó en su escrito inicial, le fue cancelada la licencia de maternidad por Compensar EPS.

4. Finalmente, es importante recalcar que:

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, con fundamento en lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Política, ha señalado que el derecho a la salud de los niños y de las niñas, al igual que el de las demás personas, es fundamental, pero, por sus condiciones especiales, tiene ámbitos de protección especial que los otros no tienen, tales como el acceso a servicios de salud que garanticen su desarrollo armónico e integral. Específicamente, la Corte ha dicho:

‘La protección a los niños es mayor, pues, por ejemplo, se garantiza su acceso a servicios de salud que requiera para asegurar desarrollo armónico e integral. (...)’

4.2. Adicionalmente, cuando se trata de niños y niñas menores de un año de edad, sus derechos a la vida y a la salud son objeto de una protección aún mayor, de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la Constitución Política, en la legislación nacional, y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues en estos casos se reconoce que los recién nacidos se encuentra en condiciones de especial vulnerabilidad debido a su inmadurez física y mental. (Sentencia T-046 de 4 de febrero de 2011).

5. Las anteriores razones se consideran suficientes para confirmar el fallo constitucional de primera instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo impugnado.

Comuníquese mediante telegrama a los interesados y remítase el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ

MARGARITA CABELLO BLANCO
(Ausencia justificada)

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA