

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
-SALA DE DECISION EN TUTELA-

Magistrado Ponente

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 389

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil diez (2010)

VISTOS

Le corresponde a la Sala, desatar la impugnación interpuesta por la apoderada especial de la Contraloría General de la República, contra la decisión adoptada por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 12 de octubre de 2010, mediante la cual se tuteló el derecho fundamental al mínimo vital de ERICA LEONOR BUSTOS MARTÍNEZ.



I. ANTECEDENTES

Fueron relatados en el fallo de primera instancia así¹:

“La demandante sostiene que el 26 de enero de 2010, suscribió contrato de prestación de servicios con la entidad accionada para apoyar la vigilancia de la gestión fiscal en la Contraloría Delegada para el sector Medio Ambiente, con vigencia de 8 meses, cuya ejecución no podrá exceder el 31 de diciembre del año que avanza.

Afirma que el 20 de agosto de la presente anualidad, anunció a la parte demandada su estado de gravidez a fin de que prorrogara el mencionado contrato. Empero, el 9 de septiembre anterior, la entidad accionada respondió de forma abstracta indicando que la referida prórroga sería viable siempre que se hallara necesaria, desconociendo el estado de embarazo fundamento de la petición, el cual se halla amparado por la Constitución Política.

Señala que el citado contrato venció el 25 de septiembre de la presente anualidad, de modo que al momento de instaurar la presente acción de tutela, se encuentra desvinculada de la entidad accionada, la cual hizo caso omiso de su especial situación.

Por lo anterior, alega que la parte demandada ha violado sus derechos fundamentales al mínimo vital y el deber de protección a la mujer en estado de embarazo, motivo por el cual pide amparar las prerrogativas inalienables conculcadas y, consecuentemente, ordenar a la parte accionada renovar el contrato de prestación de servicios con la actora, absteniéndose de desvincularla durante el período de gestación y lactancia.”

¹ Folio 33, cuaderno Tribunal



II. FALLO RECURRIDO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá concedió la protección constitucional demandada al considerar que: (i) se encuentra probado que el 20 de agosto de 2010 y haciendo expresa referencia al contrato 315, la accionante comunicó a la demandada su estado de gravidez, al tiempo que solicitó la prórroga del referido contrato, sin que la accionada hubiera accedido a su pedimento por la aludida razón; (ii) de acuerdo con la posición adoptada por Corte Constitucional en sentencia T-529 de 2004, es viable la protección especial a las mujeres gestantes y lactantes en casos de contrato de prestación de servicios, criterio igualmente compartido por las Salas de Casación Civil y Penal de la Corte Suprema de Justicia; (iii) al darse por terminado el vínculo contractual, resulta evidente que la accionante se quedó sin la fuente de ingresos de la que dependía y de los que sufragaba el pago de cotizaciones a seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales; y, (iv) no se advierten presentes medios de persuasión que permitan colegir que la planta de personal cubre satisfactoriamente los requerimientos del servicio para el cual fue contratada la accionante.



En consecuencia ordenó:

“al señor CONTRALOR GENERAL DE LA NACIÓN, dentro del término perentorio de los tres (3) días siguientes a la notificación de la presente sentencia, renueve a la accionante ERICA LEONOR BUSTOS MARTÍNEZ el contrato de prestación de servicios profesionales para apoyar la vigilancia de la gestión fiscal en la Contraloría Delegada para el sector Medio Ambiente (...).”

Protección que cubre a la interesada durante el estado de gestación y se extiende hasta el período de lactancia, inclusive.

III. LA IMPUGNACIÓN

La apoderada especial de la Contraloría General de la República sustentó su recurso en que: (i) el interés general prevalece sobre el particular así como la protección de los recursos públicos y por ello, no resulta procedente extender un contrato –que no genera relación laboral ni prestaciones sociales- por un tiempo superior al estrictamente indispensable; (ii) no resulta legal la orden emitida, comoquiera que con ella se comprometen vigencias futuras; (iii) a la luz de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, no es posible hablar de la figura de renovación de



contratos, por lo cual es imposible dar cumplimiento a tal mandato; (iv) no está probado que el mínimo vital de la actora se encuentre afectado; (v) no fue analizado el argumento según el cual, no son necesarios los servicios de la demandante como causa para no extender la relación contractual; y, (vi) su proceder estuvo soportado en el concepto de la Oficina Jurídica y Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, de acuerdo con el cual la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada se predica respecto de una relación laboral pública o privada, situación que no se presenta frente a la ejecución de un contrato u orden de prestación de servicios.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido por los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, a través del cual concedió la petición de amparo invocada por ERICA LEONOR BUSTOS MARTÍNEZ.



La jurisprudencia constitucional ha sido pacífica frente a la acción de tutela al señalarse que es un mecanismo subsidiario y excepcional tendiente a proteger los derechos fundamentales de las personas, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, siempre que la persona carezca de otros medios de defensa judicial.

De igual modo la jurisprudencia constitucional ha venido en brindar especial protección a la madre gestante y el hijo que esta por nacer, atendiendo el mandato contenido en el artículo 43² de la Constitución Política de Colombia, según el cual *“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 Estado³, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”* y el que, al armonizarse con el artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, logra el desarrollo de la figura denominada jurisprudencialmente fuero de maternidad -estabilidad laboral reforzada- *según el cual*

² En concordancia con el 13 y el 53 de la Carta

³ Derecho igualmente reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -1966-, Art. 10; ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969.



no puede ser separada de su cargo, o ser sometida a cualquier forma de discriminación en el empleo, por razón de su estado de gravidez⁴.

Fuero que aplica con independencia de la naturaleza del empleador es decir, tanto para el sector privado como público y que no necesariamente se extiende a contratos de naturaleza laboral, comoquiera que se ha admitido su aplicación incluso, tratándose de contratos de prestación de servicios –como es el caso de la actora-, pues lo que se persigue es evitar la discriminación de la gestante y que por tal condición sea retirada del empleo o afectada en su mínimo vital, al quedar cesante en la actividad que venía desempeñando.

“(...) la estabilidad laboral se predica de todos los contratos, sin importar su clase y sin importar que el patrono sea público o privado; pues lo que la Constitución busca es asegurarle al trabajador que su vínculo no se romperá de manera abrupta y por tanto su sustento y el de su familia no se verá comprometido por una decisión arbitraria del empleador.⁵

Tal estabilidad se predica también para los contratos de prestación de servicios, en los cuales a pesar de conocerse que

⁴ Sentencias T-494 de 2000, T-1008 de 2004, C-470 de 1997

⁵ Sentencia T-1003/06.



su naturaleza no genera una relación laboral de subordinación, se debe aplicar el criterio establecido por la jurisprudencia mediante el cual se ha dicho para los contratos a termino fijo que el solo vencimiento del plazo o del objeto pactado, no basta para no renovar un contrato de una mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta los principios de estabilidad laboral y primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por las partes del contrato laboral; tal figura se aplica siempre que al momento de la finalización del plazo inicialmente pactado subsistan la materia de trabajo y las causas que los originaron y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, a éste se le deberá garantizar su renovación.⁶

Si tal estabilidad opera para todos los trabajadores, con mayor razón se presenta para la protección de las mujeres en estado de embarazo sin importar la clase de contrato que hayan suscrito, ya que durante este especial periodo se requiere del empleador una mayor asistencia y respeto a su condición, casos en los que opera la presunción de despido por discriminación en razón del embarazo, debiendo el empleador asumir la carga de la prueba que apoye el factor objetivo que le permita efectuar el despido legalmente⁷.

(..)

En conclusión, la mujer embarazada o en periodo de lactancia cuenta con una protección reforzada, independientemente del tipo de contrato de trabajo que haya suscrito con su empleador, por tales razones, para que se pueda terminar el vínculo laboral

⁶ Sentencias T-040A/01 y T-1003/06.

⁷ Sentencias T-862/03, T-1138/03, T-176/05 y T-1003/06.



con una mujer en tal condición, deberán cumplirse los presupuestos establecidos por la jurisprudencia de esta Corporación.”⁸

Posición que, con anterioridad, había adoptado esta Corporación, al advertir que el contrato de prestación de servicios se instituyó como nueva fórmula de transacción laboral.

“3.8. Ahora bien, la terminación del contrato de prestación de servicios de una mujer que se encuentre en estado de embarazo, trasciende el plano legal y se convierte en una situación constitucionalmente relevante, susceptible de ser debatida en el ámbito de la acción de tutela siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

(1) Que la desvinculación se ocasione durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; (2) que se produzca sin los requisitos legales pertinentes para cada caso; (3) que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la mujer retirada; (4) que la desvinculación amenace el mínimo vital de la demandante o que la arbitrariedad resulte evidente y el daño que aparece es devastador⁹.

3.9. Las anteriores subreglas son verificables en cualquier modalidad de contrato de trabajo, incluso para dejar de renovar un contrato de prestación de servicios que ha venido siendo

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T- 987 de 2008 y reiterada en la T-069 de 2010.

⁹ Sentencia T-373 de 1998.



renovado “pues el fuero a la maternidad opera con independencia del tipo de relación laboral y la estabilidad que brinda se extenderá mientras se den los supuestos que configuran el fuero”¹⁰. -Resaltado fuera de texto-

Si bien, en principio, un contrato de prestación de servicios de orden estrictamente civil y de duración naturalmente definida, excluye cualquier tipo de relación laboral, es claro que en algunas ocasiones este tipo de contrato, es utilizado por los empleadores públicos y privados para distraer la configuración de una relación laboral y el pago consecuente de las prestaciones que causa este tipo de relación¹¹.

En efecto, a pesar de que por la naturaleza jurídica de este tipo de contratos se prevé una terminación cierta, que normalmente reduciría el alcance de la estabilidad de la empleada, cuando ella se encuentre en estado de embarazo se debe aplicar el criterio de la Corte Constitucional en el sentido de que el sólo vencimiento del plazo inicialmente pactado, no basta para legitimar la decisión del patrono de no renovar el contrato. De ésta manera, con fundamento en los principios de estabilidad y primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, “siempre que al momento de la expiración del plazo inicialmente pactado, subsistan la materia de trabajo y las causas que lo originaron y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, a éste se le deberá garantizar su renovación”¹².¹³

¹⁰ Sentencia T-173 de 2005.

¹¹ Sentencia T-964 de 2005.

¹² Sentencia T-040 A de 2001.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Decisión en Tutelas. Radicado 38261, 9 de septiembre de 2008



De manera que, en el caso sometido a consideración se tiene que si bien el contrato de prestación de servicios de ERICA LEONOR BUSTOS MARTÍNEZ finalizó durante su embarazo con ocasión del plazo pactado, también lo es que precisamente aquella informó su embarazo en procura de acceder a la protección a la que se viene haciendo referencia y pese a que la accionada, busco asesoría sobre la aplicabilidad de la figura de la estabilidad reforzada –la cual no consultó con la tesis de la Sala-, no aportó prueba alguna tendiente a demostrar que la no suscripción de un nuevo contrato no obedecía a su estado de gravidez, sino a la innecesidad de ampliar la contratación en el apoyo de la vigilancia de la Gestión Fiscal de la Contraloría General de La República.

Frente a este punto debe recordarse que la carga de la prueba se traslada al empleador, que para el caso lo es en su condición de contratante, la Contraloría General, entidad a la que le correspondía no sólo probar la fecha de terminación del contrato, sino que la actividad u objeto del mismo era superflua y por ello ya no requería los servicios de la actora; tópico, que al dejar de lado la demandada, no logró desvirtuar la sospecha de discriminación que se cierne en casos como el presente.



Obligación que, igualmente, se extendía a la inexistencia de violación al derecho del mínimo vital, al presumirse ésta de la interrupción de la fuente de ingresos con la que contaba la madre gestante y de las graves consecuencias en los aportes al sistema general de salud; quedando entonces, sin fundamento, las manifestaciones de la parte impugnante tendientes a trasladar tal carga probatoria.

Finalmente y de cara a la expiración de la vigencia presupuestal y los parámetros consignados en la Ley 80 de 1993 frente a la celebración de contratos, dígame que la accionada está en el deber de buscar la fórmula jurídica con la cual atender¹⁴ el fallo de tutela y de encontrarse en imposibilidad de acatarlo, en el eventual incidente de desacato demostrar tal circunstancia.

Así las cosas, esta Sala comparte plenamente los argumentos del a quo y por contera, habrá de confirmar la sentencia objeto de impugnación.

¹⁴ Es de anotar que ya fue celebrado un nuevo contrato de prestación de servicios que se extiende hasta el 31 de diciembre de 2010. Fol. 66 cno. Tribunal



Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Decisión en Tutela, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo objeto de impugnación.

SEGUNDO.- NOTIFÍQUESE en la forma prevista por el Decreto 2591 de 1.991, debiéndose remitir copia íntegra de la providencia.

TERCERO.- REMÍTASE el diligenciamiento a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Impugnación 51112
A/ ERICA LEONOR BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

TERESA RUIZ NÚÑEZ
Secretaria