

T-346-13

Sentencia T-346/13

PROTECCION LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA-  
Unificación de jurisprudencia en sentencia SU070/13

CONOCIMIENTO DEL EMBARAZO POR PARTE DEL EMPLEADOR-No es requisito para la  
protección de la mujer embarazada sino para determinar el grado de protección

MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO A TERMINO FIJO-Hipótesis fácticas de la alternativa  
laboral de mujer embarazada

FUERO DE MATERNIDAD-Permiso del inspector de trabajo para despedir a mujer embarazada  
o en periodo de lactancia

PROTECCION LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA-  
Orden al DAS inicie los trámites para la renovación del contrato de prestación de servicios  
por el periodo del fuero de maternidad

Referencia: expediente T-3777440

Acción de tutela instaurada por Claudia Johana Noriega Gómez, contra el Departamento  
Administrativo de Seguridad, en supresión.

Procedencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Magistrado sustanciador: Nilson Pinilla Pinilla

Bogotá, D. C., junio diecisiete (17) de dos mil trece (2013)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson  
Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus  
competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

En la revisión del fallo dictado en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia, Sala  
de Casación Laboral, en la acción de tutela presentada por Claudia Johana Noriega Gómez,

contra el Departamento Administrativo de Seguridad, en adelante DAS, en supresión.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que efectuó la citada corporación judicial, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 inciso 2° de la Constitución y 32 del Decreto 2591 de 1991.

## I. ANTECEDENTES.

La señora Claudia Johana Noriega Gómez presentó acción de tutela en septiembre 24 de 2012, contra el DAS, solicitando la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la igualdad, a la vida digna, a la salud, al debido proceso, a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada, a la protección de la maternidad y al trabajo, según los hechos que a continuación son resumidos.

### A. Hechos y narración efectuada en la demanda.

1. La señora Claudia Johana Noriega Gómez afirmó haber sido vinculada al DAS, mediante contrato de prestación de servicios como abogada en la oficina de control interno, a desarrollar entre febrero 21 de 2012 y agosto 30, que por incapacidades médicas se extendió hasta septiembre 16 del referido año, con un horario de trabajo de 8 am a 5 pm.

2. Expuso que en julio 16 de dicho año, al saber que estaba embarazada, comunicó verbalmente tal estado a su jefe inmediato, señor Camilo Andrés Rojas, habiendo sido objeto de “tratos indebidos, discriminaciones, situaciones irrespetuosas y degradantes que psicológicamente” han afectado la salud (f. 1° cd. inicial). Agregó que al ser su embarazo de alto riesgo le fueron reconocidas varias incapacidades, conllevando que su contrato estuviera suspendido entre julio 24 y agosto 30 de 2012.

3. Aclaró que durante la incapacidad laboró desde su casa, con información que le fue enviada a su correo personal, que tramitó en forma oportuna y responsable, pese a lo cual en cada una de las incapacidades el contrato le fue suspendido sin remuneración, por “falta de presencia en la oficina”.

4. Adicionalmente, según la demanda, en julio 30 le informaron verbalmente que el “contrato no sería renovado”, pero posteriormente le notificaron que sí se le renovaría “con una desmejora salarial sin justa causa”. Inconforme con ello, radicó en agosto 31, en la

Subdirección de Talento Humano, un derecho de petición sobre “todos los hechos y los abusos”, pidiendo además la renovación del contrato (f. 2 ib.), a lo cual obtuvo respuesta negativa en septiembre 20 del mismo año (tres días después de haber entregado el cargo).

5. Resaltó que a la fecha de presentación de la demanda de tutela (septiembre 12 de 2012), llevaba 15 semanas de embarazo y que no tiene fuente de ingreso distinta a su trabajo (f. 4 ib.).

B. Documentos relevantes allegados en fotocopia.

1. Contrato de prestación de servicios N° 0079 de 2012, suscrito entre Claudia Johana Noriega Gómez y el DAS en supresión (fs. 15 a 19 cd. inicial).

2. Exámenes de imágenes diagnósticas practicados a Claudia Johanna Noriega Gómez en la Clínica Materno Infantil, en septiembre 19 de 2012, que indican “embarazo intrauterino de 14 semanas 2 días +/- 10 días por biometría feto único vivo”. Además, el 9 de los mismos se diagnosticó “paciente con embarazo de 11.1ss... actualmente con dolor cervical posterior cefalea global problemas laborales...+ estrés. Sí hay sangrado” (fs. 20 a 29 ib.).

3. Certificados elaborados en papelería de Saludcoop EPS, sobre licencias o incapacidades de Claudia Johanna Gómez Noriega, por 18 días, debido a enfermedad general (fs. 32 a 34 ib.).

5. Memorando de agosto 21 de 2012, dirigido por el Jefe de la Oficina de Control Interno a la Subdirectora de Talento Humano, ambos del DAS, solicitando el reinicio de actividades en cuanto “la contratista estuvo incapacitada por el transcurso de 27 días, razón por la cual laborará desde el 21 de agosto hasta el 16 de septiembre de 2012 con el contrato de prestación de servicios” N° 079 de 2012 (f. 38 ib.).

6. Carta dirigida por la demandante en agosto 13 de 2012, a la Subdirección de Talento Humano DAS en proceso de supresión, refiriéndose al estado de embarazo, del cual “mi supervisor contractual tiene conocimiento desde el martes 17 de julio de 2012”, advirtiéndole que su contrato es el “079 de 2012 el cual tiene plazo hasta el 20 de agosto del 2012” (f. 39 ib.).

7. Tres cartas de certificación de cumplimiento, en las que se lee que la señora Claudia Johanna Noriega Gómez desempeñó satisfactoriamente la prestación de apoyo a la gestión de la Oficina de Control Interno, en los temas requeridos, cumpliendo el objeto y obligaciones estipuladas en el contrato (fs. 40 a 49).

8. Copia de correos electrónicos enviados por la actora a “Yesid Acuña Amaya” (fs. 53 a 57).

9. Derecho de petición suscrito por la accionante en agosto 31 de 2012, dirigido a la Subdirección de Talento Humano del DAS en proceso de supresión, solicitando “protección a la maternidad y a la estabilidad laboral reforzada”, advirtiendo que el “embarazo es de alto riesgo” e instando a que le sea resuelta su situación a la brevedad posible, toda vez que el contrato se le terminaba en septiembre 16 del referido año (fs. 64 a 74 ib.).

10. Referencia al fallo de tutela de octubre 9 de 2012, informando que el DAS en supresión celebró el contrato N°0504 de 2012 con la actora Claudia Johanna Noriega Gómez, hasta diciembre 31 de 2012.

C. Respuesta del DAS, en Proceso de Supresión.

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad accionada, en escrito de octubre 2 de 2012 (fs. 166 a 183 ib.), señaló que la terminación del contrato fue por facultad legal, por ser de prestación de servicios, observándose en su cláusula décima que “no se considera contrato de trabajo de conformidad con el numeral 3, artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por lo tanto no genera ninguna relación laboral ni prestaciones sociales, únicamente dará derecho a la cancelación del valor estipulado en la cláusula segunda”.

Indicó que el acta de suspensión “N°1 del contrato de prestación de servicios N° 0079 del 2012 de mutuo acuerdo desde el 18 de julio de 2012 hasta el 27 de julio del 2012”, denota que el DAS en proceso de supresión no tenía la obligación de pagarle a la accionante ninguna suma por concepto de honorarios durante los tres lapsos de suspensión, pues no se estaba ejecutando el objeto del contrato por parte de la contratista, quien, de otra parte, cotizaba salud y pensión como independiente.

Afirmó que no es cierto que la demandante haya tenido relación con el DAS, para cumplir

“jornada de trabajo ordinaria, disponía de uso de oficina, servicio telefónico y elementos de oficina, debía manifestar cualquier ausencia de la oficina para cita médica o diligencia”, que tilda de “manifestaciones subjetivas”. Que se le haya suministrado un espacio de trabajo, con medios de comunicación y elementos de escritorio, no genera subordinación, pues constituyen facilidades para cumplir el objeto del contrato y, en especial, garantizar la protección de la información a que debía acceder la accionante en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Igualmente resaltó que el “hecho de que el supervisor del contrato precisamente supervisara el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la accionante, en desarrollo del contrato”, no desdibuja la autonomía e independencia profesional de la contratista; de lo contrario, ningún supervisor de contratos estatales podría revisar, verificar, solicitar modificaciones o correcciones, o ajustes a los trabajos encomendados a los contratistas del Estado.

En forma adicional, indicó: “... se debe tener en cuenta que el contrato N°0079 de 2012, implicaba la prestación de un servicio que la peticionaria no está en las condiciones de cumplir, pues entre las obligaciones allí previstas se encontraba la establecida en el literal h) de la Cláusula Octava del mismo, que reza: ‘octava: obligaciones del contratista- Además de las obligaciones de orden legal, el CONTRATISTA cumplirá con aquellas que se deriven del objeto del contrato y en especial las siguientes: h) El profesional prestará el servicio principalmente en la ciudad de Bogotá con posibles desplazamientos a las diferentes Seccionales de la Entidad”. Así, estima claro que el contrato de prestación de servicios profesionales se debe celebrar únicamente “por el término estrictamente indispensable”, como lo ordena la ley.

Finalmente aseveró que si lo pretendido es demostrar una relación laboral y así lograr prestaciones sociales y renovación automática, cuenta con el proceso ordinario laboral.

D. Fallo de primera instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, mediante fallo de octubre 9 de 2012, concedió el amparo pedido al estimar que el DAS en proceso de supresión sí vulneró el derecho a la estabilidad laboral reforzada que, por embarazo, le asiste a la accionante, a quien no le renovó su contrato de prestación de servicios, conociendo su

estado de gravidez desde antes del cumplimiento del plazo pactado.

Indicó el a quo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional protege de forma especial el fuero de maternidad, que debe ser respetado por las entidades públicas y privadas, invirtiéndose la carga de la prueba, pues es el empleador quien debe demostrar que no hay discriminación ni vulneración a algún derecho fundamental a raíz de la desvinculación.

Advirtió también que pese a que la accionante manifestó que tenía una verdadera relación laboral con el DAS, debido a la subordinación, con cumplimiento de horario, no obra en el expediente elemento de juicio que permita establecer que, en la realidad, entre las partes existió contrato de trabajo, lo cual no impide otorgar el amparo constitucional pedido, porque independientemente del tipo de vínculo, es imperativo proteger a la demandante y a su bebé, no habiendo el DAS desvirtuado el nexo causal entre el embarazo y la no renovación del contrato.

#### E. Impugnación.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del DAS, en octubre 24 de 2012, impugnó la decisión al considerar que en el presente proceso no se cumplen los requisitos para otorgar, vía tutela, la estabilidad laboral reforzada a la mujer embarazada, habiendo obedecido la desvinculación de la actora a la terminación del contrato de prestación de servicios, que había sido celebrado entre Claudia Johana Noriega Gómez y el DAS en proceso de supresión, razón por la cual hay que tener en cuenta que la terminación del mencionado contrato no fue consecuencia directa ni indirecta del embarazo, sino que obedeció precisamente a una causa legal, como lo fue el vencimiento del término del contrato (f. 228 ib.).

Reiteró que la celebración del contrato de prestación de servicios N° 0079 de 2012 obedeció a una necesidad estricta del DAS, entidad pública en proceso de supresión, razón por la cual el término se estipuló en seis meses.

Advirtió también que la decisión adoptada por el juzgador de primera instancia desconoce las normas de orden presupuestal, al tenerse que realizar una erogación de recursos públicos a favor de una persona natural particular, sin que exista una contraprestación por parte de la actora a favor del DAS que fundamente ese pago, no siendo jurídicamente viable

que se celebre un contrato de prestación de servicios con efecto retroactivo.

Finalmente indicó que la acción de tutela procede como mecanismo de protección residual y, frente al caso concreto, la demandante tiene la facultad de acudir a las instancias judiciales ordinarias para que le sea reconocida la pretensión instada por esta vía subsidiaria.

F. Fallo de segunda instancia.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, mediante sentencia de diciembre 12 de 2012 revocó el fallo de primera instancia, al no hallar probado “el nexo causal entre la cesación del vínculo laboral y la condición de mujer embarazada”, anotando que se había partido de un supuesto errado al conceder el amparo a la accionante, presumiendo que su despido fue consecuencia del embarazo, cuando en realidad se dio con ocasión del cumplimiento del término del contrato de prestación de servicios pactado entre las partes, lo que no indica vulneración alguna de derechos fundamentales y, por tanto, no es posible conceder el amparo reclamado (fs. 25 a 32 cd. 2).

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Esta corporación es competente para examinar la determinación referida, en Sala de Revisión, al tenor de lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de revisión.

La petición de la actora Claudia Johana Noriega Gómez se encamina a obtener el reintegro a la entidad demandada, a la misma labor u otra de características similares a la que desempeñaba cuando no le fue renovado su contrato de prestación de servicios, pese a hallarse cobijada por fuero de maternidad, que le habría sido conculcado junto a la igualdad, el trabajo y la estabilidad en él, al igual que el mínimo vital, la seguridad social y la salud de ella y de su hijo.

Tercera. Sentencia SU-070 de febrero 13 de 2013, sobre protección laboral reforzada de la

mujer embarazada.

3.1. Al existir variedad de enfoques sobre la protección laboral reforzada a las trabajadoras gestantes y al bebé, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió unificar la jurisprudencia y precisar las reglas y medidas de protección.

Así, el fallo SU-070 de febrero 13 de 2013, con ponencia del Magistrado Alexei Julio Estrada, además de reiterar lo determinado en los artículos 13 y 43 de la carta política sobre la erradicación de la discriminación por motivos de sexo y la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres, se ocupó de diversas eventualidades a las que debe llegar, y de qué manera, la especial asistencia y protección a la mujer y al bebé, durante el embarazo y después del parto.

Ello dimanó además de preceptiva internacional, de prevaleciente aplicación en Colombia, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10.2); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 12.2); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1º y 24), y los Convenios 111 y 183 de la OIT, entre otros, atinente a la obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante, a cargo del Estado[1].

3.2. En dicha sentencia de unificación fueron analizadas las diferentes situaciones y circunstancias en las que, en acatamiento de la Constitución y de la referida preceptiva internacional, se ha protegido el fuero de maternidad, observando algunos casos en los cuales los medios de defensa resultaron insuficientes, tratándose de proteger “en general a todas las mujeres”, con la finalidad específica de “impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia”.

Así, la protección no radica solo en la remuneración a la mujer embarazada, sino que “busca asegurarle su derecho efectivo a trabajar, que es un derecho inalienable de todo ser humano”, reafirmando que “no es entonces suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de estas mujeres, sino que es necesario que además les asegure efectivamente la posibilidad de trabajar”.

De tal manera, surgió la necesidad de determinar unas reglas para fijar el alcance de la protección, como objeto de la unificación, a partir de dos especificidades, “la modalidad de la contratación y el conocimiento o no del empleador del estado de gestación”, con unas precisiones determinadas brevemente frente a cada una de ellas.

3.3. Sobre el conocimiento del embarazo por parte del empleador, se precisó que “no es requisito para establecer si existe o no protección, sino para determinar el grado de protección”, indicando así que “el conocimiento del embarazo por parte del empleador da lugar a una protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y por ende un factor de discriminación en razón del sexo”.

Por otra parte, la falta de conocimiento, “dará lugar a una protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido”.

Determinó también que el conocimiento del empleador de la gestación de la trabajadora, no exige mayores formalidades, ya que puede ser asumido directamente, por hecho notorio o por un tercero.

3.4. Según la alternativa laboral, se determinó i) “asumir que las modalidades de contratación por medio de empresas de cooperativas de trabajo asociado o servicios temporales implican en principio la existencia de una relación laboral sin causales específicas de terminación entre la empleada embarazada y estas empresas”, y ii) que “cuando en algunos contratos con fecha o condición específica de terminación (por ejemplo los laborales a término fijo o los de obra o los de prestación de servicios), la necesidad del servicio o de la obra pendiente de realizar o del objeto del contrato, desaparece en momentos en que la empleada o contratista ha quedado en embarazo y es posible que la falta de renovación del contrato se dio por razón del embarazo”.

Lo anterior ha permitido que la Corte adopte medidas de protección, las cuales giran en torno a dos alternativas: i) que se reconozcan las prestaciones de seguridad social en salud, hasta el momento en que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad; y ii) se ordene el reintegro de la mujer embarazada o la renovación de su contrato, a menos que se pruebe la imposibilidad del reintegro o la

renovación.

La Sala Plena, en esta sentencia SU-070, concluyó 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”.

3.5. También se indicó que la protección coherente con el sentido del fuero de maternidad, consiste en garantizar a la mujer su derecho a laborar, independientemente de la relación de trabajo en que se encuentre. Advirtió nuevamente que “para despedir a una mujer en esas circunstancias el empleador debe demostrar que media una justa causa y ha de adjuntar, de igual modo, el permiso de la autoridad administrativa competente. Esto no puede significar cosa distinta a la obligación de tomar medidas para mantener la alternativa laboral” (no está en negrilla en el texto original).

Además, la estabilidad laboral reforzada de las embarazadas se extiende a las vinculadas a término fijo o por ejecución de obra, primando la realidad sobre las formas y sobre los textos contrarios a la verdadera relación, todo en acatamiento de los tratados internacionales antes referidos y de lo ordenado en los artículos 53 y 43 de la carta, adicionalmente claro este último en imponer la especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto.

En el ámbito legal, cabe recordar que el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo es contundente al advertir:

“1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.3. Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.

4. En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las catorce (14)

semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.”

3.6. Muy sólida y efectiva es entonces esa protección a toda mujer en gestación o lactancia, y consecuentemente al bebé, sin que puedan dejarse de lado los contratos supuestamente civiles de prestación de servicios, como también se lee en el reseñado fallo de unificación (no está en negrilla en el texto original):

“Procede la protección reforzada derivada de la maternidad, luego la adopción de medidas protectoras en caso de cesación de la alternativa laboral, cuando se demuestre, sin alguna otra exigencia adicional: a) la existencia de una relación laboral o de prestación y, b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.”

3.7. Volviendo a observar lo atinente a si i) había una relación a término fijo, y ii) sabía del embarazo al momento de la desvinculación el empleador, o el presunto contratante, o el representante legal si se trata en uno u otro caso de persona jurídica, o algún dependiente del área de personal u otra concerniente, por información de la embarazada o de cualquier tercero, o reporte de un ente de salud, o por notoriedad, podría suceder que:

3.7.1. La desvinculación se produjo antes del vencimiento del contrato y no medió autorización de la autoridad competente, por lo cual ha de aplicarse la protección derivada del fuero de maternidad, consistente en la ineficacia del despido y el subsiguiente reintegro, junto con el cubrimiento de los derechos dejados de percibir. Ello en cuanto la sentencia SU-070 de febrero 13 de 2013 reafirma el “supuesto de protección contra la discriminación” y la aplicación de “la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST”.

3.7.2. Si la desvinculación acaece ya vencido el término del contrato y se alega como causa la terminación del plazo pactado, el contratante ha debido acudir antes del vencimiento “ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral”, con la disyuntiva de que:

i) Si acude y la autoridad determina que subsisten las causas del contrato, “deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores”; si determina que no subsisten las causas, “se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad”.

ii) Si no acude ante el inspector del trabajo, la autoridad judicial debe ordenar el “reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación solo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen”.

3.7.3. Como medida de precaución, en el mismo fallo de unificación se recuerda que “para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo”, habrá lugar a la indemnización “con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C.S.T.”.

Cuarta. Análisis del caso concreto.

4.1. En el presente asunto, la señora Claudia Johanna Noriega Gómez considera que el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en supresión, al no haberle renovado el contrato de prestación de servicios a pesar de encontrarse embarazada, quebrantándosele así el fuero de maternidad y, por ende, sus derechos a la igualdad, al trabajo y a la estabilidad en este, como también el mínimo vital, la seguridad social y la salud, de ella y de su hijo.

Está entonces resolviendo la Corte Constitucional, por conducto de su Sala Sexta de Revisión si, frente a tal situación, se cumplen los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, en general y, específicamente, si han de aplicarse las previsiones plasmadas en el fallo SU-070 de 2013.

4.2. Recuérdese primero que la jurisdicción laboral común está provista de facultades para que ante ella se demande el reintegro a una labor, a partir de que se haya presentado un despido injusto, o no sea reiniciada una relación de trabajo que normalmente ha debido reanudarse, pero excepcionalmente es procedente el amparo constitucional cuando la acción regular no resulte idónea, expedita y oportuna, frente a personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta que amerite una acción positiva de especial

protección, como una mujer embarazada y el por nacer, que gozan de especial asistencia constitucional, al punto de que a la gestante se le tiene que respetar su fuero de maternidad.

Al respecto, esta corporación en sentencia T-440 de mayo 8 de 2008, con ponencia de quien ahora cumple igual función, expuso:

“... resulta procedente, en sede de tutela, ordenar el reintegro de una mujer cuando ha sido despedida o se ha terminado su relación laboral con ocasión de su embarazo, resultando afectado su mínimo vital. Igual procedimiento aplica para ordenar el pago de la licencia de maternidad, prestación que habría constituido el medio de satisfacer las necesidades básicas cuando la madre gestante o lactante y el ser humano recién nacido no tienen otra alternativa de subsistencia.”

4.3. Consta en el expediente, sin refutación, que la demandante había celebrado con el DAS un contrato de prestación de servicios, que se extendió desde febrero 21 hasta agosto 30 de 2012, habiendo estado “incapacitada por el trascurso de 27 días”, razón por la cual continuó labores “desde el 21 de agosto hasta el 16 de septiembre de 2012 con el Contrato de Prestación de Servicios No. 079 de 2012”[2]

4.4. Institucionalmente el DAS, en supresión, tenía conocimiento del estado de embarazo de la señora Claudia Johanna Noriega Gómez, desde antes de terminar el contrato de prestación de servicios por cumplimiento del tiempo pactado, precisamente por haber sido ese el motivo de las incapacidades reconocidas en el mes de julio de 2012, al punto de haberse suspendido el contrato en dos oportunidades y continuado hasta septiembre 16 de 2012.

Al respecto, en el expediente se lee (transcripción textual, f. 188 cd. inicial):

“Mediante memorando OCOI de 18 de julio de 2012 el Doctor CAMILO ANDRES ROJAS CASTRO Jefe de oficina de control interno (E) y supervisor del contrato solicita ‘suspender el contrato por el termino de (10) días contados a partir del 18 de julio de 2012 hasta el 27 del mismo, por motivos de incapacidad medica general de la contratista adjuntando fotocopia del certificado de incapacidad N° 104010003480594’.”[3]

También fue incorporado (f. 20 ib.) el reporte de un estudio de ultrasonido obstétrico, de septiembre 7 de 2012, que incluye la relación de la historia clínica de la señora Claudia Johanna Noriega Gómez, quien ingresó al servicio de urgencias del Departamento de Imágenes Diagnósticas de la Clínica Materno Infantil en Bogotá, con indicación de consultas e incapacidades y de hallarse ella en 12.5 semanas de gestación.

Igualmente obra fotocopia de la carta manuscrita por la demandante en agosto 13 de 2012, dirigida a la Subdirección de Talento Humano del DAS, en proceso de supresión, informando el estado de embarazo y que “mi supervisor contractual tiene conocimiento desde el martes 17 de julio de 2012”, advirtiendo que su contrato es el “079 de 2012 el cual tiene plazo hasta el 20 de agosto del 2012” (f. 39 ib.).

4.5. Ahora bien, como se ha explicado en precedencia, además del conocimiento o no del embarazo antes de la desvinculación, el alcance de la protección se relaciona con el tipo de vinculación y las particularidades de cada caso, habiéndose determinado en el fallo SU-070 de 2013 que cuando es un contrato a término fijo y el empleador o contratante se entera del embarazo de su trabajadora o contratista, debe acudir antes de la expiración de la fecha pactada a la respectiva autoridad del trabajo para que avale el cumplimiento del plazo pactado como causa de la desvinculación y determine “si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral”. Como en el caso bajo estudio no obra prueba de que se hubiere cumplido tal requisito, debe entonces resolverse el alcance de la protección.

4.6. Paralelamente, se observa que la Oficina de Control Interno del DAS, para la cual la demandante prestaba sus servicios, expidió certificaciones de cumplimiento con la indicación de que Claudia Johanna Noriega Gómez “cumplió en forma SATISFACTORIA, con la prestación de apoyo a la gestión de la Oficina de Control Interno, en los temas que la oficina requiera, y los demás procesos de la entidad, con el objeto y demás obligaciones estipuladas en el contrato antes mencionado”, especificando los respectivos periodos de ejecución (está en mayúscula en los textos originales, fs. 40 a 49 ib.).

Ahora bien, el Decreto 4057 de octubre 31 de 2011, por el cual “se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones”, indica en su artículo 1º, sobre el proceso de supresión, que “se registrá

por lo dispuesto en este decreto y las demás disposiciones legales y deberá concluir a más tardar en un plazo de dos (2) años, contados a partir de la entrada en vigencia del presente decreto. De no ser posible concluir el proceso en este lapso, el Director para la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), informará al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, justificando por escrito la necesidad de un plazo mayor y fijará un cronograma para concluir la supresión, que se adoptará mediante acto administrativo. En todo caso, el plazo adicional para la supresión no podrá exceder de un (1) año” (no está en negrilla en el texto original).

El artículo 28 de tal preceptiva señaló que “el presente decreto rige a partir de su publicación y deroga las normas que sean contrarias”; como tal publicación se efectuó en octubre 31 de 2011, el proceso de supresión aún cursa, ya que el lapso inicial de dos años va hasta octubre 31 de 2013.

4.7. Todo lo expuesto permite concluir con certeza, que i) institucionalmente el DAS, en supresión, entidad accionada, tenía pleno conocimiento del estado de embarazo de la accionante, desde antes de producirse la terminación del período pactado para que ella le prestara sus servicios; ii) no se solicitó permiso al inspector del trabajo; iii) pese al proceso de supresión en que se encuentra el DAS, según la normativa citada, es claro que aún no ha expirado el plazo previsto, ni se ha producido el último acto de supresión; iv) el área específica para la cual el objeto y demás obligaciones estipuladas en el contrato prestaba sus servicios, control interno, emitió varias certificaciones sobre el cumplimiento satisfactorio del “objeto y demás obligaciones estipuladas en el contrato”.

Acótese que el hecho de que el empleador o contratante acuda al inspector de trabajo no implica que esté reconociendo la existencia de una relación laboral sino, para el caso, satisfaciendo un requisito preventivo y protector, que refuerza la protección constitucional a favor de las embarazadas, lo cual conlleva que, al contrario, se pueda acreditar que la causa de la vinculación no persiste y que es legítima la terminación del contrato.

4.8. Ostensiblemente se concluye, entonces, que en el presente caso sí se configuró la vulneración de derechos fundamentales de la señora demandante, en torno a lo que por mandato constitucional y de diferentes tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, antes citados, impone la protección reforzada a la maternidad, que en términos

de la ampliamente referida sentencia SU- 070 de 2013, “se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres”, procurando el fuero de maternidad “impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o lactancia”, (no está en negrilla en el texto original), interpretación que se debe extender a toda gestante, independientemente de la modalidad de contrato o forma de vinculación.

4.9. En consecuencia, esta Sala de Revisión revocará la sentencia proferida en diciembre 12 de 2012 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que en su momento revocó la dictada en octubre 9 del mismo año por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. En su lugar, en aplicación de la protección reforzada a la maternidad, le serán tutelados a la señora Claudia Johana Noriega Gómez sus derechos fundamentales y los de su hijo a la seguridad social y a la salud, conculcados por el DAS, en supresión, al no seguir contando con los servicios que seguía necesitando al no haberse concluido la supresión, tratándose además de una señora que venía prestando el servicio satisfactoriamente.

En consecuencia, se ordenará al DAS, en supresión, o al ente que haya asumido sus funciones en lo pertinente, por conducto del respectivo representante legal o quien haga sus veces que, si aún no lo ha realizado, dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia, inicie los trámites pertinentes para la renovación del contrato de prestación de servicios de la señora Claudia Johana Noriega Gómez por el período faltante hasta lo que esté comprendido en el fuero de maternidad.

Se advierte que lo que se hubiere erogado a partir de lo dispuesto en la sentencia de primera instancia, se compensará ante lo que surja de lo ahora ordenado.

#### IV.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo dictado en diciembre 12 de 2012 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que revocó el proferido en octubre 9 del mismo año por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, que había concedido el amparo solicitado. En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos fundamentales de la señora Claudia Johana Noriega Gómez y de su hijo a la seguridad social y a la salud, conculcados por el DAS, en supresión, al no seguir contando con los servicios que continuaba necesitando al no haberse concluido la supresión, tratándose además de una señora que venía prestando el servicio satisfactoriamente.

Segundo.- ORDENAR al DAS, en supresión, a través de su representante legal o quien haga sus veces que, si aún no lo ha realizado, dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia, inicie los trámites pertinentes para la renovación del contrato de prestación de servicios de la señora Claudia Johana Noriega Gómez por el período faltante hasta lo que esté comprendido en el fuero de maternidad.

Se advierte que lo que se hubiere erogado a partir de lo dispuesto en la sentencia de primera instancia, se compensará ante lo que surja de lo ahora ordenado.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Cfr. SU-070 de 2013 pag. 27.

[2] Así consta en el memorando OCOI N° 116 de agosto 21 de 2012, suscrito por el “Jefe Oficina de Control Interno (e)” del DAS (f. 38 cd. inicial).

[3] Fotocopia de esa incapacidad, de fecha julio 18 de 2012, procedente de Saludcoop EPS, convenio con la Clínica Materno Infantil, cotizante Claudia Johanna Noriega Gómez, obra a f. 30 ib. y está sustentada con otros documentos así mismo allegados en fotocopia.