



MinTrabajo
República de Colombia

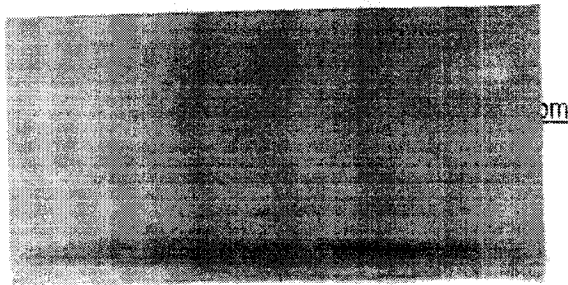
PROSPERIDAD
PARA TODOS

1200000 -
Bogotá, D.C.

1 6 8 4 4 2

26 AGO. 2013

URGENTE



Respetada señora Eva:

De manera atenta damos respuesta a su comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual consulta sobre los derechos que le asisten a las contratistas en estado de embarazo. Sobre el particular, le indicamos lo siguiente:

La Corte Constitucional se pronunció mediante la sentencia SU - 070 de febrero 13 de 2013, Magistrado Ponente Alexei Julio Estrada, dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela de 33 casos correspondientes a mujeres, que en estado de embarazo fueron desvinculadas de sus actividades laborales, y han solicitado a jueces de tutela la aplicación de la protección laboral reforzada constitucional por su condición.

La discusión jurídica de los casos revisados por la Corte giró en torno a que 33 mujeres gestantes trabajadoras alegaron su condición para permanecer en desarrollo de sus alternativas laborales, independientemente de si tenían como fundamento un contrato laboral escrito o verbal, a término indefinido o fijo, uno de prestación de servicios, uno de obra o labor, uno de cooperativismo o un acto administrativo de nombramiento.

Dada la existencia de múltiples posiciones diferentes de la jurisprudencia constitucional sobre la protección laboral reforzada de las trabajadoras gestantes y sobre cómo han de solucionarse estos casos para brindar dicha protección a estas mujeres, la Alta Corporación observó la necesidad de unificar los criterios a este respecto y determinar el alcance de la protección en función de la modalidad contractual, razón por la cual la Corte profiere la sentencia de unificación, de cuyas amplias y desarrolladas consideraciones se extraen los siguientes apartes que resalta esta Oficina:

"5.2 El alcance de la protección en función de la alternativa laboral

(...)



La jurisprudencia constitucional ha desarrollado entonces líneas jurisprudenciales cuyo fin ha sido asimilar las distintas alternativas laborales de las mujeres embarazadas a la categoría de relación laboral sin causales específicas de terminación, con el fin de extender su protección y cumplir con el carácter reforzado de la misma, ordenado por la Constitución. Esto le ha permitido adoptar medidas de protección propias de la legislación laboral, cuales son el reintegro o el reconocimiento de las prestaciones de seguridad social cuando el reintegro no es posible. Lo cual, tiene por consecuencia reconocer la garantía de estabilidad laboral (conservación de la alternativa laboral) como manifestación práctica de la aplicación de la protección de la maternidad. Por lo que, resulta ineludible concluir 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. Con este camino de análisis la Corte pretende responder a la pregunta de cuáles son las órdenes pertinentes.

42.- Se ha sostenido pues, que la protección coherente con el sentido de fuero de maternidad, consiste en garantizar a la mujer trabajadora su "derecho efectivo a trabajar"¹ independientemente de la alternativa laboral en la que se encuentre. En varias ocasiones se ha recalcado 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.

(...) En ese orden de argumentación, ha dicho la Corte Constitucional que la protección de estabilidad laboral reforzada a favor de las mujeres trabajadoras en estado de gravidez se extiende también a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo, e incluso por contratos de trabajo o prestación a término fijo.

Esto responde igualmente a la garantía establecida en el artículo 53 de la Constitución, de acuerdo con la cual, debe darse prioridad a la aplicación del principio de estabilidad laboral y de primacía de la realidad sobre las formas así como a la protección de la mujer y de la maternidad (art. 43 C.N).

Al respecto se sostuvo en la primera parte de esta sentencia, que el contenido del principio constitucional de estabilidad laboral en el caso de las mujeres embarazadas se ha forjado a partir de la comprensión de que la búsqueda de regulaciones que permitan a estas mujeres conservar su alternativa laboral, no sólo pretende evitar la discriminación, sino también crear las condiciones económicas para que ellas puedan enfrentar con dignidad el evento del embarazo y nacimiento de su hijo(a). El desarrollo de una actividad laboral implica la posibilidad de solventar los requerimientos fácticos de la gestación, el parto y manutención del(a) recién nacido(a); no sólo por el hecho de contar con medios económicos, sino porque nuestro sistema de seguridad social brinda la mayor cantidad de prestaciones cuando ello es así.

(...)

También, la Corte ha optado por proteger la alternativa laboral de las mujeres gestantes desde la óptica de la garantía de los medios económicos necesarios para afrontar tanto el embarazo como la manutención del(a) recién nacido(a). Garantía que se presume satisfecha cuando la mujer devenga salario u honorarios. Luego, se deberá presumir no satisfecha cuando no los devenga. Por esta razón, cuando es improcedente el reintegro o la renovación, resulta viable la modalidad de protección consistente en reconocer las



cotizaciones respectivas a seguridad social, después de la cesación de la relación laboral o el contrato y hasta el momento en que la mujer acceda a la prestación económica de la licencia de maternidad.

Con todo y que lo anterior indica una carga en cabeza del empleador o contratante que no tiene un sustento claro en la legislación laboral ni en la regulación de los contratos de prestación, sino en el principio constitucional de solidaridad, como una forma de concretar la protección reforzada del artículo 43 Superior, se han presentado razones de orden constitucional para sustentar dicha carga cuando no procede el reintegro o la renovación, y ni la relación laboral ni el contrato de prestación están vigentes”.

En la presente sentencia de unificación, la Corte Constitucional señaló que la protección de estabilidad laboral reforzada a favor de las mujeres trabajadoras en estado de gravidez se extiende también a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo, atendiendo a los artículos 53 y 43 de la Constitución alusivos al principio de estabilidad laboral y de primacía de la realidad sobre las formas así como a la protección de la mujer y de la maternidad respectivamente, y además manifestó que en virtud del principio constitucional de solidaridad, resulta viable la modalidad de protección consistente en reconocer las cotizaciones respectivas a seguridad social, después de la cesación de la relación laboral o el contrato y hasta el momento en que la mujer acceda a la prestación económica de la licencia de maternidad, en aquellos eventos en los que resulte improcedente el reintegro o la renovación del contrato.

Posteriormente, la Corte Constitucional plantea las hipótesis resultantes en cada modalidad contractual, señalando puntualmente respecto del contrato de prestación de servicios – siendo el tema que nos ocupa – lo siguiente:

“6. En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral. Si bien la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la configuración de un “contrato realidad”, pues “existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales [se] puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral”², en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela.

Bajo esta lógica, deberá verificarse la estructuración material de los elementos fundamentales de un contrato de trabajo, “independientemente de la vinculación o denominación que el empleador adopte para el tipo de contrato que suscriba con el trabajador”³. Así, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido que los elementos que configuran la existencia de un contrato de trabajo, son (i) el salario, (ii) la continua subordinación o dependencia y (iii) la prestación personal del servicio. Por lo tanto, si el juez de tutela concluye la concurrencia de estos tres elementos en una vinculación mediante contrato de prestación de servicios de una trabajadora gestante o lactante, podrá concluirse que se está en presencia de un verdadero contrato de trabajo.

² La sentencia T-335 de 2004 determinó que “Este tipo de análisis debe realizarlo el juez de tutela, únicamente cuando existen indicios de afectación del mínimo vital del accionante o de algún otro tipo de derecho fundamental. En otros casos, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral”.

³ Ver la sentencia T-848 de 2004.



Así mismo, en el caso de contratos de prestación de servicios celebrados por el Estado con personas naturales, debe advertirse que éste únicamente opera cuando "para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden"⁴. Por esta razón, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que si en el contrato de prestación de servicios, privado o estatal, se llegare a demostrar la existencia de una relación laboral, "ello conllevaría a su desnaturalización y a la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo; a los artículos 1, 2 y 25 de la Carta; además a los principios de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, al de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y al de la estabilidad en el empleo."⁵

Con todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las característica del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.⁶ (subrayado y resaltado fuera de texto)

En este sentido, las reglas propuestas en la sentencia de unificación para los contratos a término fijo, son las siguientes:

"2. Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de una mujer embarazada, desarrollada mediante CONTRATO A TÉRMINO FIJO.

2.1 Cuando el empleador conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan dos situaciones:

2.1.1 Si la desvincula antes del vencimiento del contrato sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.⁷

2.1.2 Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa el vencimiento del plazo pactado: En este caso el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no

⁴ Artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

⁵ Ver la sentencia T-1210 de 2008.

⁶ Ibid.

⁷ Esta hipótesis fáctica fue examinada en la sentencia T-021 de 2011 (Sala Novena de Revisión) y se ordenó: reintegrar a la accionante al cargo que venía ocupando o a uno de igual o semejante jerarquía, afiliarla al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud; cancelar la indemnización de que trata el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo; y pagar la licencia de maternidad y los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento de su despido hasta la fecha en que se efectúe su reintegro.

También fue estudiada en la T-204 de 2010 (Sala Sexta de Revisión) y las órdenes fueron similares.



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. Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T.

2.2 Cuando el empleador NO conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan tres alternativas:

2.2.1 Si la desvincula antes del vencimiento del contrato, sin alegar justa causa: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Adicionalmente se puede ordenar por el juez de tutela que se paguen las indemnizaciones por despido sin justa causa.

2.2.2 Si la desvincula antes del vencimiento del contrato PERO alega justa causa distinta a la modalidad del contrato: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa causa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.

2.2.3 Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando esto como una justa causa. En este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. En este caso no procede el pago de los salarios dejados de percibir, porque se entiende que el contrato inicialmente pactado ya había terminado".

Como se desprende de lo manifestado por la Corte Constitucional, la protección de la trabajadora gestante vinculada mediante contrato de prestación de servicios opera en aquellos eventos en los cuales, de acuerdo con las circunstancias fácticas que rodean cada caso, se logre demostrar la existencia de un contrato real, mediante la verificación de la estructuración material de los elementos fundamentales de un contrato de trabajo, en cuyo caso, se dará aplicación a las garantías que se establecen en las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las características del contrato de prestación de servicios se encuentra la de ser un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado.

Así mismo, es preciso señalar que no es esta Oficina Asesora quien determine si debe o no darse continuidad al contrato de prestación de servicios de la mujer embarazada, pues como la misma Corte Constitucional lo manifestó en la sentencia de unificación, es el juez de tutela quien debe valorar, en cada caso concreto, los supuestos que rodean el despido de la trabajadora, para determinar si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral, en el que por ejemplo, brinde un trato diferenciado si se trata



MinTrabajo
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

de cargos de temporada o de empresas pequeñas, respecto de cargos permanentes dentro de grandes compañías o cuando la vacante dejada por la trabajadora despedida, fue suplida con otro trabajador.

Por su parte, debe señalarse que de acuerdo con la Circular 000001 del 6 de diciembre de 2004 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del extinto Ministerio de la Protección Social, la base de cotización para los Sistemas de Salud y Pensiones del contratista, corresponderá al 40% del valor bruto del contrato facturado en forma mensualizada, porcentaje sobre el cual se calculará el monto de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, ingreso base que no podrá exceder de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes ni ser inferior a un (1) smlmv.

En Riesgos Laborales, según lo establecido por el Artículo 2º de la Ley 1562 de 2012, las personas vinculadas a través de un contrato de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas, son afiliados obligatorios, cuya afiliación estará a cargo del contratante y el pago de las cotizaciones a cargo del contratista en los mismos porcentajes aplicables para los trabajadores dependientes e igualmente sobre el 40% del valor bruto del contrato facturado.

Ahora bien, para efectos del reconocimiento y pago de las prestaciones económicas en el Sistema de Seguridad Social Integral, el ingreso base de liquidación - IBL deberá corresponder al Ingreso Base de Cotización.

En consecuencia, bajo el entendido de que en el Sistema de Seguridad Social en Salud no se reconocen prestaciones económicas sobre ingresos que no fueron reportados en el IBC del trabajador afiliado, en el caso de objeto de la consulta, deberá concluirse que si el IBC reportado correspondió al del 40% de los ingresos de la contratista, será éste el que se tome como IBL para la licencia de maternidad.

Finalmente, será la Entidad Promotora de Salud EPS en la cual se encuentre afiliada la contratista quien asuma el pago de la licencia de maternidad.

La presente consulta, se absuelve en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual las respuestas dadas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

MYRIAM SALAZAR CONTRERAS

Coordinadora

Grupo de Apoyo Jurídico, Normativo y de Consultas

Oficina Asesora Jurídica

Proyecto: Liria U 22-08-2013

Revisó: Dra. Myriam S.

FILIPPA URREGO ORTIZ MINISTERIO 2013 No. 7 Maternidad Radicado 140270 - Contrata Embarazada - Eva Martín G. docx