

Tunja, 12 de Diciembre del 2014

Doctor:
HUGO ALFONSO ROJAS SARMIENTO
Director de Investigaciones.

A

Referencia: CONCEPTO JURÍDICO.
Radicado Interno: hs2685/2014

OKA

1. MATERIA DE ESTUDIO:

Mediante oficio DIN 695 del 04 de Diciembre del año en curso, el Director de Investigaciones Doctor HUGO ROJAS, solicita concepto jurídico, respecto a la solicitud elevada por la Señora [REDACTED] [REDACTED] S, joven investigadora (OPS) quien informa que se encuentra en estado de embarazo y solicita por este motivo prórroga del contrato.

2. MARCO LEGAL DEL CONCEPTO

Ley 100 de 1993.
Ley 80 de 1993.
Ley 1468 de 2011
Artículo 236 y 239 del C.S.T.
Sentencia T-1202 de 2005.
SU-070 de 2013

3. MARCO CONCEPTUAL

CONCEPTO JURÍDICO hs2464/2014

4. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el asunto objeto de estudio, es necesario primero, referirnos a la naturaleza jurídica de la vinculación a través de los contratos de prestación de servicios, por el cual está vinculada la Señora Paola Gama Granados.

El contrato de prestación de servicios está previsto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 como aquel que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Se caracteriza porque su vinculación es contractual, prevalece la autonomía y libertad para el ejercicio de las actividades contratadas, plazos fijos para la consecución de objetivos contractuales y pago de honorarios sin que se genere relación laboral.

El Contrato de Prestación de Servicios como lo establece la ley, determina sus elementos esenciales, en particular su objeto o contenido prestacional y contiene disposiciones especiales para su celebración.

Igualmente la Jurisprudencia ha precisado características del Contrato de prestación de servicios, así¹:

"El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada... (...)"

¹ Corte Constitucional – Sentencia C – 154 de 1997.

Rojas
16-12

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. ... b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo... (...)" (Negrilla fuera de texto y el subrayado es mío).

Volviendo al tema de estudio, la Dirección de Investigación apoya a través de Colciencias los grupos de investigación, contratando a través de Contratos de Prestación de Servicios, a jóvenes investigadores por 12 meses, comprometiéndose la joven investigadora a desarrollar informes técnicos de la propuesta de investigación que presentó a Colciencias, a realizar un artículo publicable y realizar actividades de apoyo al grupo de investigación.

De éste contrato de prestación de servicios se ha desarrollado más del 90% del mismo, quedando pendiente para el 2015, un (1) mes para completar el tiempo contratado (12 meses), según lo establecido en el contrato 823 y el convenio 701 de 2013.

Ahora bien, la joven investigadora [REDACTED] a través de oficio fechado 27 de Noviembre del año en curso, informa a la Coordinación Grupo de Talento Humano, que se encuentra en estado de gravidez, solicitando que se le respete la condición de persona de especial protección o fuero de maternidad.

Por lo anterior se entrara a estudiar lo pertinente al fuero de maternidad invocado por la señora Paola Gama Granados.

En cuanto al fuero de maternidad en contratos de prestación de servicios me permito referirme a lo establecido en la Constitución Política de Colombia así como la Jurisprudencia, frente a esta situación:

Fuero de Maternidad. La Constitucional señala la protección especial de que es objeto la mujer embarazada, corroborada por el código sustantivo del trabajo y normas de carácter internacional; disposiciones que no distinguen la forma o naturaleza jurídica de la vinculación.

El artículo 53 de la Constitución consagra los principios mínimos fundamentales a que están supeditadas las normas laborales. Uno de ellos es el de la estabilidad en el empleo que, respecto de las mujeres en estado de embarazo o durante la lactancia, conlleva el denominado fuero de maternidad y como consecuencia de él, una estabilidad reforzada que le permite a la trabajadora "permanecer en el empleo y (...) obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, inclusive, en contra de la propia voluntad de su empleador, en caso de no existir una causa que justifique el despido, que de ninguna manera puede ser consecuencia de su estado de embarazo o de lactancia" (Sentencia T-1202 de 2005).

Ahora bien, esta protección del fuero de maternidad se ve reflejada en que en caso de que la trabajadora sea despedida en periodo de embarazo o en licencia de maternidad, opera la presunción que éste fue realizado por motivo a su estado de embarazo o lactancia, motivo por el cual se considerará ineficaz el despido y habrá lugar a que opere el reintegro de la trabajadora.

Sobre este punto, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en su jurisprudencia al señalar la protección que se deriva del fuero de maternidad. En sentencia T-082 de 2012, se indicó que:

"En definitiva, el fuero de maternidad corresponde a una categoría jurídica en presencia de la cual se activan en nuestro orden jurídico obligaciones y prohibiciones excepcionales para el empleador, que concretan el mandato constitucional según el cual debe otorgarse a la mujer embarazada una protección laboral reforzada, la cual exige para su aplicación solo dos requisitos: (i) que exista una alternativa laboral que respalde una relación laboral de la cual es parte la mujer gestante, y (ii) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o en periodo de lactancia (3 meses siguientes) durante la relación laboral, de forma que si es despedida en estas condiciones, procede de inmediato el reconocimiento de las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad". (Subrayado es mío).

De lo anterior se colige, que dada la naturaleza jurídica y asistencial del fuero de maternidad, esta es una figura protectora de carácter constitucional creada a favor de la madre, como del menor.

Igualmente frente al caso en estudio, la Corte Constitucional mediante sentencia unificada SU -070 de 2013 Señalo:

"Pues bien, en este caso corresponde revisar la hipótesis fáctica de la alternativa laboral de una mujer embarazada, desarrollada mediante CONTRATO DE OBRA:

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

3.1.1 Si la desvincula antes del vencimiento de la terminación de la obra o labor contratada sin la previa calificación de una justa causa por el inspector de trabajo: En este caso de 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. (Sentencia T-021 de 2011).

3.1.2 **Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando como justa causa la terminación de la obra o labor contratada:** En este caso el empleador deber acudir antes de la terminación de la obra ante el inspector de trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector de trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo de embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector de 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 no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la reglar 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 de C.S.T... (...)"

De acuerdo con las disposiciones precitadas, y observando la petición elevada por la Directora de Investigación, se precisa que existe una vinculación contractual (Contrato de Prestación de Servicios), con la Señora [REDACTED] la cual tiene una obligación y un plazo. Que la señora Gama Granados, informó a la coordinación grupo de talento humano que a la fecha se encuentra en estado de gravidez, como lo demostró con el anexo presentado en la solicitud.

En consecuencia de lo anterior y debido a que desde la Constitución se proclama la protección reforzada de la mujer en estado de embarazo o lactancia, independientemente del tipo de contrato que haya suscrito la Universidad; para el caso que nos ocupa, antes de tomar una decisión frente a realizar o no un nuevo contrato de prestación de servicios se debe tener en cuenta los preceptos emanados por la sentencia SU-070 de 2013, en el sentido de que la Universidad ya tiene conocimiento del estado de embarazo de la contratista [REDACTED] ados, que para poder dar por finiquitado el contrato de prestación de servicios, hay que acudir antes de la terminación del contrato, ante el inspector de trabajo para que sea este quien determina si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la prestación del servicio. Lo anterior con el fin de evitar las

sanciones previstas por la ley, igualmente se recomienda a la Dirección de Investigación, informar de la situación que se viene presentando a Colciencias pues parte del dinero con el que se le cancela a la Joven Investigadora proviene de esta entidad.

5. CONCLUSIÓN

De acuerdo con la parte considerativa del presente concepto es bien sabido que la mujer embarazada o en periodo de lactancia cuenta con una protección laboral reforzada, independientemente del tipo de contrato de trabajo que haya suscrito con la Universidad, por tales razones la Contratista cuenta con el denominado fuero de maternidad; para que se pueda terminar el vínculo contractual con la misma en las condiciones que se encuentra, deberán cumplirse los presupuesto establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

El presente Concepto se emite en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sin otro particular.


LILIANA MARCELA FONTECHA HERRERA
JEFE OFICINA JURÍDICA

P/ Henry Salamanca