



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, once (11) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-008-2014-00144-01
ACTOR: ROSA PATRICIA HEREDIA TIRADO
DEMANDADO: E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 31 de julio de 2015, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, accedió parcialmente las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1.- Pretensiones¹

La señora **ROSA PATRICIA HEREDIA TIRADO**, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO**, con el fin de que se accedan a las siguientes reclamaciones:

“1. Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 00036 de fecha 29 de enero de 2014, expedido por el Gerente de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, Doctor Jhon Bitar Beltrán, acto administrativo que niega el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y otros conceptos laborales, a favor de ROSA HEREDIA TIRADO, correspondientes al periodo comprendido del 15 de octubre de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2012.

¹ Folios 1-2, del cuaderno de primera instancia.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se proceda a efectuar el correspondiente restablecimiento del derecho, en el sentido de que la ESE Hospital Universitario de Sincelejo:

2.1- Reintegre a ROSA HEREDIA TIRADO al mismo cargo y/o función que ejercía al momento en que fue retirada del servicio, o a otro de igual categoría y remuneración.

2.2- Le reconozca y pague a ROSA HEREDIA TIRADO los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha del retiro del servicio, hasta la fecha de su efectivo reintegro.

2.3- Le reconozca y pague a ROSA HEREDIA TIRADO el equivalente a todas las prestaciones sociales que tiene derecho, tales como primas de servicio, primas de navidad, compensación en dinero de las vacaciones, auxilio de transporte, bonificaciones por servicios prestados, auxilio de alimentación, bonificación especial de recreación, auxilio de cesantías, intereses de cesantías, aportes al sistema de pensión y salud, licencia de maternidad y en general las prestaciones que se causaron en el periodo en que estuvo vinculada a ese hospital, es decir, del 15 de octubre de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2012.

3. Se condene a la parte demandada.

4. Que las respectivas sumas de dinero sean indexadas".

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²

La señora ROSA PATRICIA HEREDIA TIRADO, fue vinculada como Auxiliar de Enfermería en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) de la ESE Hospital Universitario de Sincelejo, prestando sus servicios de manera subordinada y personal, desde el 15 de octubre de 2011, hasta el 31 de diciembre de 2012, a través de la modalidad de contratos de prestación de servicios.

Durante el desarrollo de la relación laboral, la demandante, cumplió cabalmente con sus funciones, instrucciones y con los horarios fijados por la entidad: todos los días, de lunes a viernes de 7:00 am a 07:00 pm, devengando como contraprestación a su labor, la suma de \$1.600.000.00.

² Folios 2 – 3 y 7-9, del cuaderno de primera instancia.

Indicó, que cuando fue retirada de la entidad, estaba próxima a cumplir nueve (9) meses de embarazo, estado de gravidez del cual tenía pleno conocimiento el jefe inmediato de la actora, señora Beatriz Cortés, hecho que no importó, puesto que de todas formas fue retirada del servicio.

Refiere la actora, que la entidad demandada, no le ha pagado las prestaciones sociales y demás conceptos laborales, que por ley tiene derecho, correspondientes a los periodos anteriormente mencionados.

Mediante petición de fecha 14 de enero de 2014, la demandante, solicitó a la ESE Hospital Universitario de Sincelejo, el reconocimiento y pago de los conceptos laborales objeto de la presente demanda; solicitud que fue negada mediante Oficio No. 00036, de fecha 29 de enero de 2013, al considerarse que no tuvo ninguna clase de vínculo laboral con el hospital.

El 22 de abril de 2014, el comité de conciliación del Hospital Universitario de Sincelejo, reconoció la existencia de una relación laboral entre la entidad demandada y la actora, correspondiente al periodo comprendido entre el 15 de octubre de 2011, hasta el 31 de diciembre de 2012.

Como **soporte jurídico** de su pretensión, alega como violadas, normas de orden constitucional (Art 1, 2, 4, 13, 25, 28, 43, 48, 53, 58, 122, 123, 124 de la C.P.) y legal: artículos 58, 59 y 60 del Decreto 1919 de 2002, art 83 del Decreto 1042 de 1978, art 7º Decreto 1950 de 1993, Decreto 1848 de 1969, art. 3 y 5 del Decreto 3130 de 1968 y art. 6 y 8 del Decreto 3135 de 1968.

Como **concepto de la violación** plantea, la falsa motivación como causal de nulidad del acto administrativo objeto de esta demanda, toda vez que la entidad, negó tener alguna relación laboral con la demandante, supuesto que se desvirtúa totalmente, puesto que se demostró que la actora, prestó sus servicios personales al Hospital Universitario de Sincelejo, de manera subordinada, recibiendo una contraprestación al respecto, evidenciándose la existencia de los elementos, que figuran el instituto del contrato realidad.

1.4.- Contestación de la demanda³.

La parte demandada, presentó escrito de contestación de la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones solicitadas. En cuanto a los hechos, indicó que algunos son ciertos; otros parcialmente ciertos, los demás o no son ciertos o no le constan, mientras que los restantes, los tilda de apreciaciones jurídicas. Propuso como excepciones las siguientes: *falta de causa para demandar* y *Cobro de lo no debido*.

Como razones de defensa, expuso, que la demandante busca el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, a que tienen derecho las personas que están inmersas en una relación laboral, lo que no viene al caso, pues, la vinculación de la demandante, se materializó mediante contrato de prestación de servicios, excluyéndose de cualquier beneficio o pago por conceptos de prestaciones sociales, a más de la eventual imposibilidad de su reintegro, dada la calidad de su vinculación.

Por tal razón, adujo, que el acto administrativo demandado goza de amparo legal, al no infringir las disposiciones de orden normativo, señaladas en el libelo genitor.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 31 de julio de 2015, resolvió:

"Primero: *Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.*

Segundo: DECLÁRESE *la nulidad del acto Oficio No. 00036 de fecha 29 de enero de 2014, mediante el cual le negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho la señora ROSA HEREDIA TIRADO.*

Tercero: *Como consecuencia de la anterior declaración, se condena a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO reconocer y pagar a título de*

³ Folios 108 - 113 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 164 - 175 del cuaderno de primera instancia.

indemnización, una suma de dinero equivalente a todas las prestaciones sociales legales que percibía un empleado de planta de la entidad E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, que realice similares funciones de auxiliar de enfermería o afines en similares funciones que la demandante para el periodo que laboró del 15 de octubre de 2011 al 31 de diciembre de 2012, tomando como base lo devengado por la actora (de acuerdo al presupuesto del sistema general de participaciones) en los contratos de prestación de servicios (OPS) indexados.

Cuarto: *Asimismo, Condénese a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, a girar los aportes correspondientes a pensión al fondo respectivo, efectuando las cotizaciones a que haya lugar, descontando de las sumas adeudadas al actor el porcentaje que ésta corresponda, conforme se expuso.*

Quinto: *La E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, dará cumplimiento lo dispuesto por este fallo dentro de los términos indicados en el artículo 192 del C.P.A.C.A..."*

Como fundamento de su decisión, el a quo señaló, que de acuerdo con el material probatorio recaudado, quedó demostrado que a pesar de que la vinculación de la actora era por contrato de prestación de servicio, está, realizaba sus labores de forma personal, subordinada y con una remuneración, bajo las mismas condiciones que los empleados de planta del HUS, por ello, de acuerdo al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se observó la existencia de una verdadera relación laboral, entre la demandante y el Hospital Universitario de Sincelejo, obligando al ente demandado, al pago de todas las prestaciones sociales, que devenga un empleado de igual situación.

En cuanto a las labores encomendadas a la actora, de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, indicó, que su vinculación fue mediante órdenes de prestación de servicios, desde el 15 de octubre de 2011, hasta el 31 de diciembre de 2012, pero recibía órdenes de un jefe inmediato. Su prestación era de carácter personal y recibía una retribución, por la prestación de sus servicios, por el valor \$1.600.000.00, por lo que en su criterio, claramente, estaba en presencia de un contrato de realidad, ya que se encontraban presentes los elementos esenciales de un contrato laboral.

Con respecto al pago de la pensión, la primera Instancia señaló, que la parte demandada, no giró los aportes correspondientes al tiempo en que estuvo vinculada la actora, a un fondo de pensión, es por eso que ordenó a la entidad, el pago de los aportes dejados de cancelar a un fondo de pensión. Frente a los aportes en salud, textualmente señaló: *“estos al ser contingencia que debe cubrirse mensualmente, y pasado el tiempo, como es el caso, y es que es reclamada, es de entenderse que esta debió ser cubierta y se colaboran hecho superado”* (sic).

Con relación al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, se sostuvo, que si bien esta es una prestación social, la misma no está a cargo del empleador, sino de la entidad de salud a la cual está afiliada la persona y si bien, no se condenó al pago de las cotizaciones de salud, no fue alegado, ni demostrado que a la actora, no le fue cancelada la licencia de maternidad, pues, como quiera que el reconocimiento del pago de las prestaciones sociales, es a título de indemnización, no se demostró los perjuicios, para acceder a dicha pretensión, en tal sentido.

1.5.- El recurso⁵.

Inconforme con la decisión de primer grado, la accionante, interpuso recurso de apelación, a fin de que sea modificada en esta instancia.

Alegó, encontrarse en desacuerdo con el Juez de Primera Instancia, al no incluir dentro de su providencia, el pago de la licencia de maternidad que por derecho tenía la demandante, por encontrarse en estado de embarazo, con un tiempo de 14 semanas de gestación, al momento de su desvinculación de la entidad.

Manifestó, que el Tribunal Administrativo de Sucre⁶, frente a un caso similar al de la actora, accedió a las pretensiones de la demanda, por encontrarse

⁵ Folios 181 del Cuad de 1ra Inst.

⁶ Cita la sentencia: Rad. N° 2013-00151 de fecha 02 de octubre de 2014 M. P. Doctor Luis Carlos Alzate Ríos.

probado el estado de embarazo, la prestación de servicios y la subordinación que presentaba la señora con el HUS, por lo que en igual sentido, es beneficiaria de la licencia de maternidad.

Por lo anterior, solicitó ante esta instancia, la modificación de la sentencia emitida por el Juez A-quo y en consecuencia, se ordene el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad de la demandante.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 30 de septiembre de 2015, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la demandante⁷.
- En proveído de 23 de octubre de 2015, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁸.
- La entidad demandada **E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO**⁹, manifestó que se opone a cada una de las declaraciones y condenas, impuestas por el Juez de Primera Instancia, en consecuencia, se condene a la parte demandante, por considerar infundadas las razones que expone, sobre la nulidad del acto demandando.
- La demandante no alegó en esta instancia procesal y el Agente del Ministerio Público, no emitió concepto de fondo.

⁷ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 13, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 20 – 22, cuaderno de segunda instancia.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal, que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

De los extremos de la litis, el problema jurídico a desatar en la presente acción es:

¿Le asiste derecho a la señora **ROSA PATRICIA HEREDIA TIRADO**, de percibir licencia de Maternidad por parte de la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO**, una vez reconocida relación laboral a su favor?

Debe anotarse, que el a quem, por virtud de lo señalado en los arts. 320 y 328 del C. G. del P., se limita, estrictamente, al contenido argumentativo de la apelación y las limitaciones propias del principio de la *no reformatio in pejus*, dada la condición prevista en esta oportunidad de apelante único.

2.3.- Análisis de la Sala.

El artículo 43 de la Constitución política, textualmente señala: *“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 Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. (...) El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”*.

Bajo esta disposición constitucional, se han erigido sendos mecanismos de protección de la mujer gestante, que van desde la posibilidad de reintegro, hasta el reconocimiento de sumas económicas, para solventar el estado de gravidez, parto y lactancia. Al efecto, la jurisprudencia constitucional, ha considerado, que *“la mujer embarazada o lactante es un sujeto de especial protección constitucional, por esta razón le asiste una garantía de estabilidad laboral reforzada y la protección de sus derechos por vía de tutela solo debe cumplir en esencia dos requisitos “a) la existencia de una relación laboral o de prestación de servicios y, b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.” El alcance de la protección se determinará de acuerdo a la modalidad bajo la cual se encuentre vinculada y si su empleador conocía o no de su estado”*¹⁰.

Sobre esta última acotación, la Corte Constitucional, en Sentencia SU – 070 de 2013, decantó, sólidamente, el concepto de la estabilidad laboral reforzada, derivada de mujeres en estado de gravidez, vinculadas por contrato de prestación de servicio, las cuales, en virtud de ciertos eventos, tienen derechos propios del fuero de maternidad.

En ese sentido, frente a la protección de la mujer en estado de embarazo, dijo:

*“10.- La protección a la mujer durante el embarazo y la lactancia tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. **En primer lugar**, el artículo 43 contiene un deber específico estatal en este sentido cuando señala que la mujer “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada (...)*

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-138 de 2015. M. P. Dra. María Victoria Calle Correa.

12.- El **segundo fundamento** constitucional es la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo, habitualmente conocida como fuero de maternidad. El fin de la protección en este caso es 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 (...)

14.- La Corte concluye entonces, que las disposiciones constitucionales y las normas internacionales establecen una garantía reforzada a la estabilidad en el trabajo de las mujeres que se encuentran en el periodo de embarazo y lactancia. En este sentido, la Corte ha indicado que “en desarrollo del principio de igualdad y en aras de garantizar el derecho al trabajo de la mujer embarazada (...) tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobre costos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas” (...)

16.- Ahora bien, la protección reforzada de la mujer embarazada, estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, buscando entre otros, “garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos”.

Así, como se ha mencionado, el artículo 43 de la Constitución ordena que “durante el embarazo y después del parto [la mujer goce] de especial asistencia y protección del Estado” y el artículo 53, que dentro de los principios mínimos fundamentales del estatuto del trabajo, se incluya la “protección especial a la mujer [y] a la maternidad”. La intención de las y los constituyentes de garantizar los mencionados derechos, se reitera, se puede evidenciar en la previsión de que la mujer embarazada reciba del Estado un “subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el fuero de maternidad previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, además de prevenir y sancionar la discriminación por causa o razón del embarazo, desde una perspectiva

constitucional e internacional, debe servir también para garantizar a la mujer embarazada o lactante un salario o un ingreso que le permita una vida en condiciones dignas y el goce del derecho al mínimo vital y a la salud, de forma independiente (...)

21.- Existe entonces, como se desprende del anterior análisis y de la jurisprudencia de esta Corporación, **un verdadero fuero de maternidad**, el cual comprende esos **amparos específicos**, que necesariamente el derecho debe prever, a favor de la mujer embarazada, tales como el descanso remunerado antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, **la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y la estabilidad laboral reforzada**. Por ende, una regulación que podría ser declarada constitucional para otros trabajadores, en la medida en que no viola los principios constitucionales del trabajo (CP art. 53), puede tornarse ilegítima si se pretende su aplicación a las mujeres embarazadas, por cuanto se podría estar desconociendo el deber especial de protección a la maternidad que las normas superiores ordenan (...)

26.- Como se deriva de la anterior exposición, desde la perspectiva legal, la protección de la mujer embarazada y de la maternidad en el ámbito laboral está circunscrita a la figura del fuero de maternidad, de modo tal que se excluye de protección a las trabajadoras que laboran de manera independiente – contrato de prestación de servicios o mediante cooperativas de trabajo asociado-. Así mismo, desde esta óptica, la protección aparece limitada a los casos de despido, lo cual descartaría su vigencia cuando se da por terminado el contrato laboral debido a la expiración del plazo inicialmente pactado –contratos a término fijo- o por la terminación de la obra o labor –contratos por obra o labor contratada-, que es la modalidad de contratación usualmente adoptada por las empresas de servicios temporales, ya que allí no se presenta propiamente la figura del despido (...)

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” 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.

Respecto de algunas modalidades de vinculación, el ordenamiento jurídico colombiano le confiere a los empleadores cierta libertad para no prorrogar los contratos a término fijo que suscriben con los(as) trabajadores. Esta libertad, sin embargo, no

es ilimitada y tampoco puede entenderse con independencia de los efectos que la misma esté llamada a producir sobre la relación entre unos y otros. En aquellos eventos en los cuales el ejercicio de la libertad contractual, trae como consecuencia la vulneración o el desconocimiento de valores, principios o derechos constitucionales fundamentales, entonces la libertad contractual debe ceder. **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 la 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 (...)"

Ahora bien, ese mismo pronunciamiento unificatorio, si bien precisó que el fuero de maternidad no abarca a las trabajadoras independientes, como aquellas vinculadas mediante contratos de prestación de servicios, de carácter público o privado o por medio de empresas temporales de servicio o cooperativas de trabajo, también adujo, que en el evento en que se desnaturalice, *verbi gracia*, esa vinculación laboral, para mutarse en una verdadera relación laboral, la "contratista", en el evento de estar vinculada bajo la modalidad contractual de prestación de servicios, ostenta el derecho de tener protección constitucional reforzada, con ello, la atribución de gozar el fuero de maternidad, acompañado de todas las prerrogativas que de ella emana.

En esa eventualidad, se dijo, que se aplicarán las reglas previstas para los contratos laborales a término fijo. Para mayor ilustración, se transcribe apartes de ese pronunciamiento:

*“(...) 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”, 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. 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”. 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.” **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 (...)**”*

En ese sentido, debe traerse a colación, las reglas que el mentado fallo sentó, para que las trabajadoras en estado de embarazo, vinculadas mediante contrato laboral a término fijo, puedan gozar de los derechos derivados del fuero de maternidad.

"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.[49]

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 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." (Todas las negrillas y subrayas fuera de texto)

Visto esto último, para que proceda el reintegro de una trabajadora o contratista, desvinculada en estado de embarazo, se requiere que sea retirada, antes de la terminación del contrato, sin el calificativo previo de justa causa por parte del inspector de trabajo, esto en los casos de las empleadas, vinculadas mediante contrato de trabajo. Sin embargo, cuando la desvinculación ocurre, como consecuencia de la terminación del período para el cual fue contratado, si el empleador, no acude al

inspector de trabajo, procede el reconocimiento de las cotizaciones causadas durante el período de gestación, a efectos de lograr el pago de la correspondiente licencia de maternidad.

2.3.3.- Caso concreto

Atendiendo los argumentos expuestos y precisándose que en el asunto de la referencia, el estudio de la segunda instancia está restringido a la posibilidad de conceder la Licencia de Maternidad, dado que tal supuesto, es el único cargo de censura elevado a través del medio de impugnación, esta Colegiatura procede a resolver la problemática advertida¹¹.

En tal sentido, se observa, que para el 12 de junio de 2012, momento en que se encontraba laborando para el HUS, la señora Heredia Tirado, quedó en estado de gravidez, tal como consta a folio 20 del cuaderno de primera instancia y se desprende de los apartes documentales de su historia clínica¹², a más del reconocimiento médico dado sobre tal prestación, por parte del Dr. Guillermo Espinosa¹³; que además, encontrándose en el curso de su embarazo, su contrato de prestación de servicios finalizó, sin que por parte de la demandada, fuera renovado y finalmente, se constata, que el ente empleador, tenía conocimiento de la condición de la demandante¹⁴, a partir del 25 de junio de 2012.

De tal forma, se denota que la accionante cumple con las exigencias constitucionales, para que le sean reconocidas medidas afirmativas, concernientes a su condición de embarazo, donde si bien la licencia de maternidad, por sí misma, no está en cabeza del empleador, sino de la EPS respectiva, lo cierto es que en los eventos en los cuales, no se logra acreditar que el primero haya efectuado las cotizaciones al sistema, este deberá

¹¹ Sin que exista discusión alguna, sobre el reconocimiento de la relación laboral y el periodo de la prestación de los servicios.

¹² Folios 21, 23-24 del Cuad de 1ra Inst.

¹³ Folio 22 del Cuad de 1ra Inst., licencia, con membrete de la Clínica Santa María, a partir del 12 enero de 2013, por un periodo comprendido de noventa y ocho (98) días.

¹⁴ Folio 19 del Cuad de 1ra Inst.

correr con la carga de su reconocimiento y pago¹⁵.

Sobre lo afirmado es pertinente destacar, que la parte accionada, no ejercitó contradicción alguna sobre las pruebas documentales allegadas, caracterizándose por una conducta procesal pasiva, que desde el punto de vista de la carga probatoria, que en esta oportunidad le acompaña¹⁶, permite inferir el pago efectivo de la licencia de maternidad.

En ese orden de ideas, se advierte, que la demandante, es merecedora de protección laboral reforzada, en el sentido que sobre ella recaen, todas las prerrogativas que se derivan del fuero de maternidad, pues, si bien tuvo una relación contractual, quedó evidenciado que en su caso, se produjo la desnaturalización de la misma, dando paso a una relación de carácter laboral, de manera que en este asunto, son aplicables las pautas trazadas por la Corte Constitucional¹⁷, en el sentido de otorgar el fuero de maternidad, a la ex contratista, aquí demandante.

Por ello, la demandante, tiene derecho a percibir el pago de las 14 semanas, correspondientes a la licencia de maternidad, como quiera que la demandada, vulneró su derecho a recibir un pago remunerado en la etapa de gestación y parto, que coadyuvara a la lactancia y crecimiento normal del menor recién nacido, de manera que la administración no puede ser parca, ni pasiva, en no velar por la protección de estas personas, con protección constitucional.

Partiendo de lo expuesto y atendiendo la sentencia de la Corte Constitucional traída a colación, en su caso en particular, se **dispondrá**, el reconocimiento de las cotizaciones a seguridad social en salud, durante el periodo de gestación¹⁸, a más del pago de la licencia de maternidad, pago

¹⁵ Ver Corte Constitucional. Sentencia T-1223 de 2008. M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁶ Ver Art. 167 del C.G del P., donde a su vez debe tenerse en cuenta la especial condición de la accionante.

¹⁷ Sentencia SU – 070 de 2013. Como también de la Sentencia 1223 de 2008.

¹⁸ No se discuten las cotizaciones a salud, durante todo el período de la relación laboral, en tanto, el tema no fue objeto de apelación.

que se hará de conformidad con la ley¹⁹.

3. Condena en costas – Ambas instancias.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del CGP, no se condena en costas a la parte demandante, toda vez que su recurso de alzada, prosperó.

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de 31 de julio de 2015, con la siguiente disposición:

“CONDENAR al ente demandado, a Reconocer y pagar las sumas equivalentes a catorce (14) semanas de licencia de maternidad, a favor de la señora ROSA PATRICIA HEREDIA TIRADO, conforme se indicó en la parte motiva de esta providencia.

CONDENAR a la demandada, a reconocer y pagar las cotizaciones a seguridad social en salud, durante el periodo de gestación de la señora ROSA PATRICIA HEREDIA TIRADO.

El valor de la condena se actualizará, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh * \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el índice inicial, será el día en que debió efectuarse el pago y el índice final, corresponde al día en que efectivamente se realice el pago de lo ordenado”.

¹⁹ Ley 1468 de 2011, artículo primero, que dice: “El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto. 1. Toda trabajadora en esta de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso...”.

SEGUNDO: Sin lugar a condena en costas de segunda instancia.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0017/2016

Los magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ