



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

-SALA DE DECISIÓN 001-

Popayán, veintisiete (27) de mayo de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: Carlos Leonel Buitrago Chávez
Expediente: 19001-33-33-004-2020-00052-01
Demandante: Yurany Paz Calucé
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-
Territorial Cauca
Referencia: Tutela – Segunda instancia

SENTENCIA: No. 087

OBJETO:

Decide la Sala de decisión la impugnación instaurada por la accionante en contra del fallo de tutela No. 048 del 23 de abril de 2020, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo de Popayán.

I. ANTECEDENTES

1. Yurany Paz Calucé interpuso acción de tutela en contra de la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP – Territorial Cauca, solicitando lo siguiente:

“Tutelar mis derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada o fuera de maternidad, al trabajo, a la seguridad social y al mínimo vital y en consecuencia, ORDENAR a la Escuela Superior de Administración Pública “ESAP” Territorial Cauca, que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación del fallo, renueve mi relación contractual en forma retroactiva a partir del 1° de enero de 2020 sin ser desmejorada en mis prestaciones económicas; PAGUE los gastos de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social y mis honorarios dejados de

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública "ESAP" – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

percibir, desde la fecha en la que no me fue renovad el contrato hasta el momento de la notificación del fallo”.

2. COMO HECHOS ALEGÓ LOS SIGUIENTES:

2.1. Que el 20 de febrero de 2019, suscribió contrato de prestación de servicios profesionales con la *ESAP – Territorial Cauca*, con el objeto de desarrollar labores de *“seguimiento y ejecución de los programas y proyectos de inversión, así como el componente curricular de la subdirección de alto gobierno de la dirección territorial Cauca.”*, por el término de 10 meses y 20 días.

2.2. Que, el 17 de octubre de 2019, durante la vigencia del contrato, confirmó su estado de embarazo y lo comunicó verbalmente al contratante.

2.3. Que, el 30 de diciembre de 2019, siguiendo lo comunicado por la coordinadora administrativa y financiera de la accionada, remitió sus datos personales a la sede central para que se suscribiese un nuevo contrato de prestación de servicios, en razón a su condición de madre gestante.

2.4. Que, hasta la fecha, y pese a la presentación de varias solicitudes, la accionada no ha renovado el contrato, por lo que estima vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, ya que se encuentra desempleada, tiene una hija de dos años y no puede acceder a los beneficios del S.G.S.S.S. por no contar con los recursos suficientes para realizar las cotizaciones respectivas por su propia cuenta.

2.5. Que para el año 2020, la *ESAP* como entidad de educación superior no ha sido liquidada y que, además, en esta, subsiste el cargo que ocupó en razón al contrato celebrado.

3. LA CONTESTACIÓN:

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública "ESAP" – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

3.La Escuela Superior de Administración Pública – *ESAP* – Territorial Cauca, a través de su director seccional, señale lo siguiente:

Que entre la entidad y la accionante se suscribió el Contrato No. 20 de 2019 de prestación de servicios profesionales para la realización de las labores de *"seguimiento y ejecución de los programas y proyectos de inversión, así como el componente curricular de la subdirección de alto gobierno de la dirección territorial Cauca"*, el cual tuvo plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2019.

Que la accionante nunca ocupó un cargo público, pues, la relación que mantuvieron se originó mediante la suscripción de un contrato de prestación de servicios, celebrado para la realización de un servicio temporal en favor de la entidad.

Que no tuvo conocimiento del estado de gravidez de la accionante, pues, según esta, nunca se allegó prueba alguna del embarazo durante la vigencia del contrato.

Que no le constaba que la funcionaria Marinela Hurtado Jaramillo hubiese requerido a los datos personales de la accionante con el objeto de renovar su contrato.

Que en cuanto a la subsistencia de las causas que dieron lugar a la relación, expresó que la accionante fue contratada para la ejecución de un objeto contractual determinado, el cual, no subsistió para la vigencia 2020 debido a falta de viabilidad técnica y presupuestal, por lo cual no cabe ninguna posibilidad de reintegro.

Y que tampoco procedía el reintegro mediante la celebración de otro contrato, debido a que no contaba con un proyecto de inversión viabilizado al que se pudiera ajustar el perfil profesional de la accionante.

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública “ESAP” – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

4. LAS DECLARACIONES RECIBIDAS:

Dando cumplimiento al numeral séptimo del auto admisorio de la demanda se recibieron en tiempo las declaraciones de los funcionarios Marinela Hurtado Jaramillo y Ronald Alejandro Macuacé Otero, quienes manifestaron, en síntesis, lo siguiente:

4.1. Marinela Hurtado Jaramillo, coordinadora administrativa y financiera de la *ESAP*, mediante informe escrito afirmó que durante la ejecución del contrato, nunca tuvo contacto con la accionante, y que se enteró de su estado de gravidez el día 30 de diciembre de 2019, fecha en la que, por el hecho notorio del embarazo, le preguntó que *“si ya había notificado el embarazo a la entidad en debida forma y que cuántas semanas tenía”*, a lo que ella le respondió que no lo había hecho y que contaba con 16 semanas de gestación. Debido a lo anterior, por iniciativa propia, remitió un correo informando este hecho a la Oficina de Talento Humano de la sede central de la entidad sin adjuntar ninguna prueba de lo alegado.

Que una de sus funciones como coordinadora administrativa y financiera era la preparación del Plan Anual de Inversiones de la territorial para la vigencia correspondiente, en donde debe tener en cuenta la información suministrada por cada líder de proceso.

Que el 3 de diciembre de 2019, elaboró el *Plan Anual de Inversiones* de la territorial para el año 2020, para lo cual solicitó a todos los líderes de proceso remitir un formato en el que se informara las necesidades del área correspondiente, y que tal instrucción no fue acatada por la accionante como líder del proceso de Alto Gobierno, razón por la que no se pudo justificar la necesidad de su área para la siguiente vigencia.

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública "ESAP" – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

Que las territoriales de la *ESAP* no cuentan con autonomía administrativa y presupuestal, por lo que la contratación de personal depende en todo de la sede central.

Y, por último, dijo que la accionante no le comunicó su estado de embarazo hasta el 30 de diciembre de 2019 y que para el año 2020, en su dirección no se ha recibido ninguna solicitud por parte de la misma.

4.2. Ronald Alejandro Macuacé Otero, Director territorial encargado de la *ESAP* para el periodo 9 de enero al 13 de marzo del 2020, afirmó tuvo conocimiento del embarazo hasta la segunda semana de febrero, cuando se comunicó telefónicamente con la accionante para solicitar su hoja de vida y posteriormente comunicarse con la dirección nacional para exponer el caso y, de ser procedente, autorizar una nueva vinculación, y que según los lineamientos dados por la Dirección Nacional no procedía tal vinculación, debido a que no persistía la necesidad del servicio prestado y a que el perfil profesional de la accionante no aplicaba para la realización de otro proyecto.

5. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

En este asunto el Juzgado de instancia mediante fallo decidió lo siguiente:

"PRIMERO. - DENEGAR la acción de tutela instaurada por la señora YURANY PAZ CALUCÉ, identificada con cédula de ciudadanía No. 34.320.916, en contra de la ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA -ESAP- TERRITORIAL CAUCA, por las razones expuestas.

SEGUNDO. - Notifíquese personalmente la decisión tomada en esta providencia a las partes, en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. - Remítase a la Honorable Corte Constitucional para lo de su cargo, si no fuere impugnada en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991".

6. LA IMPUGNACIÓN.

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
 Demandante: Yurany Paz Calucé.
 Demandado: Escuela Superior de Administración Pública “ESAP” – Territorial Cauca.
 Acción: Tutela – Segunda Instancia.

La accionante manifestó su inconformidad con el fallo porque no tuvo en cuenta los precedentes jurisprudenciales expuestos en la sentencia T-350 de 2016 y T-030 de 2018, referentes al reconocimiento del amparo constitucional en los casos en donde no se logra acreditar la existencia de una relación laboral, y a la imposibilidad del contratante para alegar el vencimiento del término como justa causa para la no renovación del contrato, cuando (i) conozca el estado de gestación; (ii) el objeto contractual persiste y (iii) no se cuente con el permiso del inspector del trabajo, y que no es cierto que su perfil solo aplica para el proyecto de “Gestión de Alto Gobierno”, toda vez que desde 2017 fue vinculada para el desarrollo de diferentes objetos contractuales en el orden a saber:

# CONTRATO	AÑO	CARGO	OBJETO
086	2017	Pedagoga	<i>Prestar sus servicios profesionales de apoyo en la gestión, ejecución y seguimiento de los programas y proyectos de inversión del departamento de capacitación de la ESAP, correspondientes a la Dirección Territorial Cauca.</i>
011	2018	Gestora	<i>Apoyar las actividades, seguimiento, y ejecución de los programas y proyectos de inversión del Departamento de Capacitación de la Dirección Territorial Cauca 2018.</i>
094	2018	Pedagoga	<i>Prestar sus servicios profesionales de apoyo en el seguimiento y ejecución de los programas y proyectos de inversión, así como el componente curricular del departamento de capacitación de la ESAP, de la Dirección Territorial Cauca</i>
020	2019	Gestora Alto Gobierno	<i>Prestar sus Servicios profesionales de apoyo en el seguimiento y ejecución de los programas y proyectos de inversión, así como en el componente curricular de la subdirección de Alto Gobierno de la Dirección Territorial Cauca</i>

II. CONSIDERACIONES

7. COMPETENCIA.

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública "ESAP" – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

El Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en segunda instancia, según lo establecido en el Decreto No. 2591 de 1991 y en el Decreto No. 1382 de 2000.

8. GENERALIDADES Y PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA: PROCEDENCIA DE LA TUTELA:

8.1. PROCEDIBILIDAD:

Según lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá incoar la acción de tutela para reclamar ante los jueces de la República la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley, y procede sólo cuando el afectado no dispone de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuyas características especiales son:

“(i) estar instituida para la protección de derechos fundamentales; (ii) ser de carácter subsidiario por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no dispone de otro medio de defensa judicial salvo que busque evitar un perjuicio irremediable; (iii) guiarse por el principio de inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata, procedente cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza”.

8.2. PROCEDIBILIDADEN TRATÁNDOSE DE FUERO DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA.

La acción de tutela es un mecanismo constitucional creado por el artículo 86 de la Constitución Política para la oportuna protección de derechos fundamentales mediante la creación de un trámite rápido, expedito y sumario que garantiza su amparo cuando quiera que estos resulten

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública “ESAP” – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

vulnerados por la acción u omisión de cualquier entidad pública o de particulares.

Pese a ello, la acción de tutela no es un mecanismo irrestricto, pues esta, según la misma normatividad constitucional, es una acción subsidiaria que no tiene vocación de procedencia en los casos donde el afectadociente con otro mecanismo judicial o administrativo de defensa idóneo para la protección del derecho que reclama.

No obstante, la Corte Constitucional ha atemperado su criterio y ha reconocido que la sola existencia de un mecanismo judicial no conlleva a la improcedencia automática de la tutela, pues en ultimas, lo que se debe tener en cuenta es la idoneidad del mismo para la oportuna protección del derecho fundamental que se reclama, así las cosas, esta corporación en Sentencia T-670 de 2017, a propósito del tema dispuso que:

“El análisis de la efectividad del medio se encuentra asociado al examen de la condición de vulnerabilidad de los accionantes, el cual se circunscribe al estudio y acreditación concurrente de tres condiciones: (i) la pertenencia a un grupo de especial protección constitucional, (ii) una situación de riesgo y (iii) la ausencia de capacidad de resiliencia para esperar la finalización de la vía judicial ordinaria”¹.

De esta manera se hace evidente que, en este caso, la iniciación del proceso ordinario, mediante la presentación del medio de control correspondiente, no resulta eficiente para la protección de los derechos que se persiguen, por lo cual se cumple con el requisito de subsidiaridad.

8.3. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA A LA MADRE GESTANTE:

La maternidad, de acuerdo con el artículo 43 superior y demás fuentes normativas que regulan el tema, goza en nuestro ordenamiento de

¹Corte Constitucional, Sentencia T-670 de 2017 [M.P. Carlos Bernal Pulido].

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública "ESAP" – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

una protección constitucional especial, que se refleja en el otorgamiento de una serie de derechos y mecanismos en favor de las madres gestantes y en etapa de lactancia.

Teniendo en cuenta lo anterior, uno de los mecanismos especiales con los que cuentan las mujeres en estado de gravidez o en período de lactancia consiste en el derecho a no ser despedidas en razón a su embarazo, lo cual constituye un verdadero fuero de estabilidad laboral reforzada que se aplica indistintamente de las modalidades contractuales y el que se fundamenta bajo 4 premisas:

“(i) la especial asistencia y protección de la mujer en estado de embarazo y después del parto; (ii) la protección en contra de la discriminación en el trabajo causada en razón al embarazo o la lactancia; (iii) la defensa de la vida como valor fundante dentro del ordenamiento constitucional; y (iv) la conservación de la familia como institución básica de la sociedad.”²

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-598 de 2012 dijo que *“tanto el fuero de maternidad como el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada constituyen mandatos directamente derivados de las normas constitucionales. En consecuencia, la especial protección de la que goza la mujer gestante en el ámbito laboral, debe extenderse a cualquier escenario relacionado con el desempeño de labores productivas, destinadas a asegurar la manutención de la mujer y de su familia, sin importar la naturaleza del vínculo”³.*

De igual forma, la misma corporación en sentencia SU-070 de 2013, al respecto dispuso que:

“(…) la Sala Plena estableció dos reglas principales en relación con esta materia:

² Corte Constitucional, Sentencia C-005 de 2017 [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].

³ Corte Constitucional, Sentencia T-598 de 2012 [M.P. María Victoria Calle Correa].

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública "ESAP" – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

(i) La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo procede cuando se demuestre, sin ninguna otra exigencia adicional, lo siguiente:

(a) La existencia de una relación laboral o de prestación y;

(b) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.

(ii) No obstante, el alcance de la protección se debe determinar a partir de dos factores:

(a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador; y

(b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada."

Es destacable mencionar que el desarrollo de esta figura por parte de la ley ha sido precario, por lo que los mayores aportes han realizado vía jurisprudencial, encontrándose en varias ocasiones con problemas de uniformidad. Este problema fue estudiado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-070 de 2013, en donde el máximo tribunal unificó su criterio y sentó las bases para la correcta aplicación de la figura, basándose principalmente en la consideración de la madre gestante como un sujeto de especial protección constitucional y en el principio de solidaridad, imponiendo, en todo caso, la obligación de los empleadores a reconocer prestaciones económicas en favor de la mujer, sin tener en consideración el conocimiento que estos hubiesen podido tener sobre el hecho del embarazo.

Esta postura fue duramente criticada tanto por la doctrina como por los gremios sindicales y empresariales, quienes consideraron que esta forma de entender la protección generaría un mayor grado de discriminación en contra de la mujer, por ende, la Corte Constitucional en el año 2018 mediante la Sentencia SU-075 del 24 de julio del mismo año, relativizó su postura y

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública “ESAP” – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

desentendió de toda obligación a aquellos empleadores que al momento del despido desconocieran el embarazo de la mujer.

Sentencia SU-070 de 2013:

“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”, 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”. 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.

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”. 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

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública "ESAP" – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y al de la estabilidad en el empleo.”⁴

Sentencia SU-075 de 2018:

Cuando el empleador conoce, en desarrollo de esta alternativa laboral, el estado de gestación de la trabajadora puede tener lugar dos supuestos:

a. Que la desvinculación tenga lugar 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 de maternidad y lactancia, 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 CTS. y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.

b. Que la desvinculación ocurra 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.

(ii) Cuando existe duda acerca de si el empleador conoce el estado de gestación de la trabajadora, opera la presunción de despido por razón del embarazo consagrada en el numeral 2 del artículo 239 del CTS. No obstante, en todo caso se debe garantizar adecuadamente el derecho de defensa del empleador, pues no hay lugar a responsabilidad objetiva.

(ii) Cuando el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada.

Por consiguiente, no se podrá ordenar al empleador que sufrague las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social durante el periodo de gestación, ni que reintegre a la trabajadora desvinculada ni que pague la licencia de maternidad. Sin perjuicio de lo anterior, con el monto correspondiente a su liquidación, la trabajadora podrá realizar las cotizaciones respectivas, de manera independiente, hasta obtener su derecho a la licencia de maternidad. Así mismo, podrá contar con la protección derivada del subsidio alimentario que otorga el ICBF a las mujeres gestantes y lactantes y afiliarse al Régimen Subsidiado en salud.”

⁴Corte Constitucional, Sentencia SU-070 de 2013 [M.P. Alexei Julio Estrada].

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública "ESAP" – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

8.4. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CELEBRADOS CON ENTIDADES PÚBLICAS:

Sobre este punto es importante recordar que la Ley 80 de 1993 en su artículo 32-3 establece que las entidades públicas solo podrán celebrar contratos de prestación de servicios profesionales con personas naturales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, cuando dichas funciones no puedan ser realizadas por el personal de planta o se requiera de conocimientos especializados.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-392 de 2017, en reiteración de la Sentencia T-614 de 2009 dispuso que *"independientemente de la denominación que las partes asignen al contrato, existirá una relación laboral cuando: i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado"*⁵, por el contrario, existirá un contrato de prestación de servicios regido por la Ley 80 de 1993 cuando, *"i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados."*⁶

⁵Corte Constitucional, Sentencia T-392 de 2017 [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].

⁶Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009 de 2017 [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. En la cual también se establece que *"Dicho en otros términos, esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios hace referencia a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos"*.

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública "ESAP" – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

Correlativamente, el mismo órgano en Sentencia C-614 de 2009, estableció 5 criterios para diferenciar contratos de prestación de servicios de relaciones laborales propiamente dichas. Tales criterios son:

"i) Criterio funcional: si la función contratada se refiere a aquellas que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, debe ejecutarse mediante un vínculo laboral.

ii) Criterio de igualdad: si las labores desarrolladas por el contratista son las mismas que las de los servidores públicos vinculados a la planta de personal de la entidad, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública.

iii) Criterio temporal o de la habitualidad: si las funciones contratadas demuestran el ánimo de la administración de emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona y se encuentra que no se trata de un vínculo de tipo ocasional o esporádico, se trata de una relación laboral.

iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a una "actividad nueva" que no puede ser desarrollada por el personal de planta, o se requieren conocimientos especializados, o de manera transitoria resulta necesario redistribuir funciones por la excesiva carga laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública. Es decir que, si la gestión contratada equivale al "giro normal de los negocios" de la entidad, las labores se deben desempeñar por medio de una relación laboral y no contractual.

v) Criterio de la continuidad: si la vinculación se realiza mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, para desempeñar funciones de carácter permanente, la relación existente es de tipo laboral".

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado, ante la utilización fraudulenta del contrato de prestación de servicios, en fallo del 15 de junio de 2011 determinó que:

"La jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de esta Corporación han acudido a principios constitucionales en la solución de

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública "ESAP" – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

En la práctica, cuando el Legislador utilizó la expresión "En ningún caso... generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales" no consagró una presunción de iure o de derecho, que no admite prueba en contrario, puesto que el afectado, como ya se vio, podrá demandar por la vía judicial competente el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones sociales a que haya lugar.

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.⁷

Centrándonos ahora en la protección constitucional de la maternidad, se tiene que la aplicación de la estabilidad laboral reforzada depende en gran medida de la existencia de una verdadera relación laboral, por lo que esta protección en principio se ve excluida de aquellos contratos en donde no proceda la hipótesis del contrato realidad.

Al respecto el Consejo de Estado dijo en 2016 lo siguiente:

“La Sala debe precisar que, en su criterio, el fuero de maternidad sólo procede en los casos en que existe una auténtica relación laboral, bien sea una vinculación por contrato de trabajo o por una vinculación legal y reglamentaria, el último caso, vinculación propia del sector público. Empero, en los casos en que no exista relación laboral el fuero de maternidad no puede aplicarse.

⁷Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia No. 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10) del 15 de junio de 2011 [C.P. Manuel Alejandro Fula Rojas].

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública "ESAP" – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

Por lo tanto, para la Sala, el fuero de maternidad no se aplica en los contratos de prestación de servicios, pues en esos casos no se configura una relación laboral y no podría extenderse la protección creada para los vínculos estrictamente laborales. La única forma para que, en esos eventos, se aplique el fuero de maternidad es que se demuestre que se configuraron los elementos de una auténtica relación laboral”⁸.

Bajo esta misma línea, la Corte Constitucional en Sentencia T-743 de 2016, al respecto de los casos en donde no se prueba la existencia de un contrato realidad, dispuso lo siguiente:

“Así, en casos como este en que se debate el fuero de maternidad en contratos de prestación de servicios, que no fueron prorrogados y terminaron en la fecha programada para ello, y en los que no está probado ni aparecen indicios sobre la existencia de un contrato realidad, no habría:

(i) Sustento a la expectativa de estabilidad laboral reforzada de la accionante, por el carácter temporal del contrato que se suscribió, que se afianza con la inexistencia de prórrogas sobre el contrato inicialmente pactado.

(ii) Un trato discriminatorio en la terminación o en la falta de renovación del contrato, cuando la relación contractual se acaba en el momento previsto por las partes para su terminación, y no antes.

(iii) Afectación a los derechos fundamentales.

(...) De tal suerte, se puede concluir que la finalización de la relación entre las partes obedece a criterios objetivos: (i) la fecha de terminación del contrato y (ii) la falta de necesidad de un contrato permanente para el desarrollo de la labor encomendada, que se limita a la encuesta para la identificación de los programas referidos y no a las funciones de coordinación local de los programas. Por ende, como quiera que la permanencia de las funciones de la tutelante no fue demostrada y sí contradicha por la demandada, queda descartado el carácter discriminatorio de la terminación del contrato suscrito entre las partes.⁹”

⁸Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia No. 81001-23-33-000-2012-00043-01(2496-14) del 2 de junio de 2016 [C.P. Luis Rafael Vergara Quintero], en reiteración del fallo del del 3 de julio de 2013 Cp. Hugo Bastidas Bárcenas. EXP. 2013-00495-01.

⁹Corte Constitucional, Sentencia T-743 de 2017 [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública “ESAP” – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

No obstante, la misma corporación, en Sentencia T-030 de 2018, atemperó su criterio y reconoció la aplicación del fuero de maternidad en contratos de prestación de servicios, cuando, pese a que no se acredite el contrato realidad, se cumpla con los siguientes criterios:

“i) Conoce el estado de gestación de la contratista, pues esta lo notificó con anterioridad.

ii) El objeto contractual persiste.

iii) No cuenta con el permiso del inspector de trabajo para dar por terminado el contrato por justa causa.”¹⁰

8.5. OTROS MECANISMOS DE PROTECCIÓN A LA MUJER DURANTE LA GESTACIÓN Y EL PERÍODO DE LACTANCIA:

La protección a la madre gestante en el ordenamiento jurídico colombiano no solo consta de la hipótesis de estabilidad laboral reforzada contenida en el Código Sustantivo del Trabajo, en el Decreto 3135 de 1968 y en la Ley 909 de 2004, pues esta se encuentra también *“en distintos instrumentos internacionales de defensa de los derechos humanos ratificados por Colombia, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2, 6 y 10.2); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 3 y 26); la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1 y 24) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –CEDAW– (arts. 11 y 12.2)”¹¹.*

Bajo ese entendido, no es correcto afirmar que tal protección se limita únicamente a la estabilidad laboral reforzada, pues, adicionalmente, la mujer en estado de embarazo o periodo de lactancia cuenta con otros

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-030 de 2018 [M.P. José Fernando Reyes Cuartas].

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-102 de 2016 [M.P. María Victoria Calle Correa].

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública "ESAP" – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

instrumentos enfocados en brindarle acceso a distintos servicios que también salvaguardan sus derechos, dentro de los cuales se encuentran, por ejemplo, la atención materno-infantil en salud, que cubre los servicios que tengan que ver el control prenatal, la atención del parto, el control del postparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia; el subsidio alimentario reconocido por el *ICBF* a las madres gestantes y niños menores de un año afiliados al régimen subsidiado y; los mecanismos de subsidio al desempleo dispuestos en las leyes 1438 del 2011 y 1636 del 2013.

Al respecto la Sentencia SU-075 de 2018 dispuso que:

“En conclusión, en cumplimiento de los principios de universalidad, integralidad, eficiencia y prevalencia de derechos, la cobertura del Sistema de Seguridad Social en Salud debe abarcar a toda la población. De este modo, el Legislador ha previsto la existencia de dos regímenes de afiliación, con el propósito de garantizar el acceso a los servicios de todos los residentes en Colombia. Por tanto, pese a la eliminación de la categoría de participantes vinculados, resulta claro que las personas que aún no se encuentran afiliadas al Régimen Contributivo o al Subsidiado tienen derecho a recibir la prestación de los servicios básicos de salud, con cargo a las entidades territoriales. Adicionalmente, se debe resaltar que en cualquiera de las modalidades de afiliación o vinculación se prevé una especial protección para las mujeres durante la gestación, después del parto y en el periodo de lactancia.

Además, en caso de no contar con recursos económicos, puede afiliarse al Régimen Subsidiado, con el fin de recibir atención médica oportuna en las distintas etapas de la gestación, postparto y lactancia, además de otros beneficios.

Finalmente, la Sala concluye que, en todo caso, las mujeres en estado de embarazo o en período de lactancia y sus hijos deben ser atendidos por el Sistema de Seguridad Social en Salud, aún si no se encuentran afiliados al Régimen Contributivo o al Subsidiado”.

9. ACTUACIONES ANTE EL TRIBUNAL.

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública “ESAP” – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

9.1. Con el fin de determinar la subsistencia del objeto contratado y la existencia de otros objetos contractuales acordes al perfil profesional de la accionante, se decretó prueba de oficio en donde se requirió a la accionada para que se pronunciara sobre los siguientes puntos:

“1. Indique cuáles son todos proyectos de inversión viabilizados para la territorial del Cauca en la vigencia 2020 y los perfiles de las personas que se requieren para su contratación.

2. Detalle cuál es la destinación del presupuesto asignado para el desarrollo del proyecto “Fortalecimiento de las capacidades de los altos funcionarios del estado nacional” a cargo de la Subdirección de Alto Gobierno de la territorial Cauca en el año 2020; haciendo un especial énfasis en detallar (i) los contratos que para la ejecución de tal proyecto se deben celebrar y; (ii) en la destinación específica de los \$141.055.878 de pesos con los que cuenta la territorial para la atención de mismo.

3. Certifique si ha contratado a alguna persona para desarrollar el objeto de “seguimiento y ejecución de los programas y proyectos de inversión, así como el componente curricular de la subdirección de alto gobierno de la dirección territorial Cauca” para la vigencia 2020 y, en caso afirmativo, señale cuáles fueron las razones para no continuar con los servicios de la actora. De igual forma señalará si aún no ha contratado a persona alguna cuáles las razones de tal decisión, cómo y cuándo se tiene programado ese proceso y, en general, para que señale todos los aspectos que estime relevantes sobre el particular.”

9.2. En atención a tal requerimiento, la ESAP puso de presente lo siguiente:

9.2.1. Que para la vigencia 2020, la territorial solo ha recibido viabilidad para la ejecución de proyectos de inversión administrados por la “Subdirección Académica” para fungir como “coordinador académico”, “líder pregrado”, “apoyo pregrado”, “líder posgrado”, “apoyo pregrado”, “líder en investigación”, “líder riesgo y control”, “líder bienestar universitario” y “líder biblioteca”, los cuales no se enmarcan en el perfil profesional de la accionante por requerir para su contratación, (i) contar con un título profesional en educación, administración, filosofía, teología y afines, economía, derecho y afines, ingeniería industrial, telemática, en

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública “ESAP” – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

sistema y afines, matemáticas, estadística, psicología, bibliotecología y ciencias sociales y humanas y; (ii) contar con 12 meses de experiencia en el manejo de ARCA; manejo de sistemas de información; manejo de población educativa, bienestar y recreación, y manejo administración, custodia y demás relacionados con bibliotecología respectivamente.

9.2.2. Que la Subdirección Nacional de Alto Gobierno de la Escuela Superior de Administración Pública, hasta la fecha no ha transferido recursos a la accionada para ejecutar el proyecto de inversión “*Fortalecimiento de las capacidades de los altos funcionarios del estado nacional*”, para la vigencia 2020, debido a que dicho componente se encuentra en una etapa de planeación y reducción presupuestaria, por lo que, de momento, no se puede realizar las contrataciones pertinentes ni especificar la destinación de sus recursos.

9.2.3. Que, en razón a lo anterior, no se ha contratado a ninguna persona para la ejecución del contrato cuyo objeto fuera prestar los servicios profesionales de apoyo en el seguimiento y ejecución de los programas y proyectos de inversión, así como el componente curricular de la subdirección de “*Alto Gobierno de la Dirección Territorial Cauca*”, ni para ejecución de un objeto semejante, debido a que no se cuenta con viabilidad presupuestal y necesidad actual del objeto.

10. EL CASO CONCRETO:

10.1. Yurany Paz Calucé solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital y a la igualdad, los cuales estimó vulnerados por la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP- Territorial – Cauca, al no renovar su contrato de prestación de servicios para la vigencia 2020, en razón al fuero que dice poseer.

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública “ESAP” – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

9.2. En primera instancia, el Juzgado de conocimiento, negó el amparo al considerar que no era aplicable la protección derivada del fuero de maternidad, toda vez que en este caso (i) no se evidenció la configuración de una relación laboral subyacente y; (ii) se determinó la inexistencia actual del objeto contractual.

9.3. La accionante impugnó la anterior decisión manifestando que si bien no acreditó la existencia de un contrato real, ello no impide la aplicación del fuero de maternidad de acuerdo con las sentencias T-350 de 2016 y T-030 de 2018, en donde la Corte Constitucional amparó los derechos de las gestantes con independencia al tipo de relación contractual existente, de igual manera, dijo que no es cierto que su perfil profesional solo es aplicable para el programa de “*Gestión de Alto Gobierno*”, pues, con anterioridad fue contratada para desarrollar otros objetos, como lo son la ejecución y el seguimiento de proyectos de inversión adelantados por el “*Departamento de Capacitaciones*” como pedagoga y gestora al servicio de la Dirección Territorial de la accionada en los años 2017 y 2018, por lo que solicitó requerir a la accionada para que suministrase los lineamientos de contratación de personal para el año 2020, en donde se especificaran los cargos y perfiles exigidos para la ejecución de tales objetos.

9.4. Al respecto y con el fin de determinar la subsistencia del objeto contratado, se requirió a la accionada para que informara los proyectos viabilizados para la territorial en el año 2020, detallara la destinación del presupuesto dado a la “*Subdirección de Alto Gobierno*”, y certificara si había contratado a alguna persona para la ejecución del objeto contractual desarrollado por la accionante u otro similar.

Frente a esto la ESAP puso de presente que (i) hasta la fecha los únicos proyectos viabilizados para la territorial son aquellos administrados por el área de “*Subdirección Académica*”, los cuales, para su contratación requieren de calidades no acordes con el perfil de la accionante; (ii) que para

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública “ESAP” – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

la “*Subdirección de Alto Gobierno*” no se han transferido recursos debido a que esta área se encuentra en un proceso de reestructuración presupuestal y de planeación, y (iii) que no se ha contratado a nadie para el desarrollo de tal objeto, debido a la carencia de viabilidad e inexistencia de necesidad actual.

9.5. Dejando de lado lo anterior, para dirimir la presente controversia, se debe tener en cuenta que las madres gestantes y en periodo de lactancia, son sujetos de especial protección constitucional, a quienes, en consideración a la defensa de la vida como valor fundamental, se les garantiza la asistencia necesaria durante el embarazo y se las protege de todo acto discriminatorio dentro de la sociedad y el mercado laboral, para lo cual se han creado diversos mecanismos que materializan tal protección, siendo uno de ellos el fuero de maternidad, que consiste en el derecho de las mujeres en estado de gravidez no ser apartadas de sus puestos de trabajo por causa alusiva a su condición.

El fuero de estabilidad laboral reforzada ha sido desarrollado por la jurisprudencia y en las sentencias de unificación SU-070 de 2013 y SU-075 de 2018, la Corte Constitucional extendió los efectos de la figura a otros escenarios relacionados con el desarrollo de labores productivas, diferentes a las relaciones estrictamente derivadas del contrato de trabajo, acabando con la indeterminación del sentido de dicha protección en contratos de trabajo suscritos a término indefinido, fijo, por obra o labor; relaciones provenientes de cooperativas de trabajo asociado; nombramientos en provisionalidad; ocupación de cargos de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción; contratos de servicios temporales, y contratos de prestación de servicios que oculten la existencia de una verdadera relación laboral.

Pese a ello, tal unificación no abarcó todas las alternativas laborales existentes dentro del mercado de trabajo, por lo que se debe recurrir, para el caso de los contratos de prestación de servicios que no oculten una

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública “ESAP” – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

relación laboral, a las diferentes sentencias que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han expedido con posterioridad al 2013, las cuales, no han seguido una línea coherente en cuanto a la aplicación del fuero de maternidad dentro de esta modalidad contractual.

Teniendo en cuenta lo anterior, se encuentra que el Consejo de Estado ha sido tajante en negar el reconocimiento de la aplicación de la estabilidad laboral reforzada en dichas relaciones, ya que *“el fuero de maternidad no se aplica en los contratos de prestación de servicios, pues en esos casos no se configura una relación laboral y no podría extenderse la protección creada para los vínculos estrictamente laborales”*, por lo que la *“única forma para que, en esos eventos, se aplique el fuero de maternidad es que se demuestre que se configuraron los elementos de una auténtica relación laboral”*¹².

Por su parte, la Corte Constitucional, en sede de revisión de tutela, ha acogido un razonamiento mucho más garantista en cuanto a la aplicación del fuero, empero no ha establecido una regla expresa y definitiva: así en las sentencias T-350 de 2016 y T-030 de 2018, reconoció el amparo en contratos de prestación de servicios celebrados con entidades públicas, aun cuando de estos no se extraigan los elementos constitutivos de una relación laboral, ello en pro de la protección de la mujer embarazada y en contra de la discriminación; mientras que en la T-743 de 2016, indicó que en los casos en donde no se pruebe o aparezcan indicios sobre la existencia de un contrato real y no subsista el objeto contratado, no habría *“(i) sustento a la expectativa de estabilidad laboral reforzada (...); (ii) un trato discriminatorio en la terminación del contrato, (...) y; (iii) afectación a derechos fundamentales (...)*”.

¹²Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia No. 81001-23-33-000-2012-00043-01(2496-14) del 2 de junio de 2016 [C.P. Luis Rafael Vergara Quintero], en reiteración del fallo del del 3 de julio de 2013 Cp. Hugo Bastidas Bárcenas. EXP. 2013-00495-01.

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública “ESAP” – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

No obstante, dichas sentencias no son contradictorias debido a que concluyen que la aplicación de la protección especial derivada del fuero de maternidad, depende de que se identifique algún acto discriminatorio en la causa que motivó la terminación del contrato y que el mismo se exterioriza cuando; (i) la contraparte tenga conocimiento del embarazo y (ii) cuando a pesar de la subsistencia del objeto contratado, no se vincule nuevamente a la mujer. Por lo que, estos serán los criterios que se analizarán en el presente caso para determinar la afectación del derecho fundamental en cuestión.

9.6. Ahora bien, en el presente caso se encuentra acreditado lo siguiente:

Que Yurany Paz Calucé, suscribió un contrato de prestación de servicios profesionales con la *ESAP – Territorial Cauca*, con el objeto de desarrollar labores de *“seguimiento y ejecución de los programas y proyectos de inversión, así como el componente curricular de la subdirección de alto gobierno de la dirección territorial Cauca”*, por el término de 10 meses y 20 días, el cual concretamente terminaría el 31 de diciembre de 2019.

Que durante la vigencia de dicho contrato confirmó su estado de embarazo en el mes de octubre del mismo año.

Que la accionada, por el hecho notorio del embarazo, tuvo conocimiento de este antes de la terminación del vínculo contractual.

Que el 31 de diciembre de 2019, se dio por terminado el referido contrato, en razón al vencimiento del término.

Que, en los años 2017 y 2018, la accionante suscribió contratos de prestación de servicios con la misma entidad para el desarrollo de objetos tendientes a la ejecución y el seguimiento de proyectos de inversión

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública “ESAP” – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

adelantados por el “*Departamento de Capacitaciones*” como pedagoga y gestora.

Que para la vigencia 2020, el objeto contratado por las partes en 2019, no persiste, debido a que la Subdirección Nacional de Alto Gobierno de la Escuela Superior de Administración Pública, no ha transferido recursos a la accionada para ejecutar los proyectos de inversión propios del área de “*Subdirección de Alto Gobierno*”, debido a que dicho componente, en la territorial, se encuentra en una etapa de planeación y reducción presupuestaria.

Que para el año 2020, no se ha contratado a nadie para desarrollar el objeto contractual “*seguimiento y ejecución de los programas y proyectos de inversión, así como el componente curricular de la subdirección de alto gobierno de la dirección territorial Cauca*”, debido a la ausencia de necesidad del mismo debido a que, según Marinela Hurtado Jaramillo, coordinadora administrativa y financiera de la ESAP, el 3 de diciembre de 2019, se elaboró el Plan Anual de Inversiones de la territorial para el año 2020, para lo cual se pidió a todos los líderes de proceso remitir un formato en el que se informara las necesidades del área correspondiente, y que tal instrucción no fue acatada por la accionante como líder del proceso de Alto Gobierno, razón por la que no se pudo justificar la necesidad de su área para la siguiente vigencia.

Que para la presente vigencia tampoco se encuentra viabilizado ningún proyecto de inversión adelantado por el “*Departamento de Capacitaciones*” para fungir como pedagogo o gestor.

Que, para esta vigencia, la accionada solo cuenta con disponibilidad presupuestal para la celebración de contratos tendientes a la ejecución de los proyectos de inversión administrados por la “*Subdirección Académica*” cuyo objeto consiste en fungir como “*coordinador académico*”,

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública "ESAP" – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

"líder pregrado", "apoyo pregrado", "líder posgrado", "apoyo pregrado", "líder en investigación", "líder riesgo y control", "líder bienestar universitario" y "líder biblioteca".

Y que para la contratación de tales objetos se requiere (i) contar con un título profesional en educación, administración, filosofía, teología y afines, economía, derecho y afines, ingeniería industrial, telemática, en sistema y afines, matemáticas, estadística, psicología, bibliotecología y ciencias sociales y humanas y; (ii) contar con 12 meses de experiencia en el manejo de ARCA; manejo de sistemas de información; manejo de población educativa, bienestar y recreación y; manejo administración, custodia y demás relacionados con bibliotecología respectivamente. Calidades que no se enmarcan dentro del perfil profesional de la accionante.

9.7. Teniendo en cuenta lo anterior y aplicando los criterios jurisprudenciales descritos, se encuentra que si bien la ESAP tuvo conocimiento del embarazo de la accionante antes de la terminación del vínculo contractual, ese hecho, *per se*, es insuficiente para tener por acreditado el acto discriminatorio alegado en la demanda y ordenar el reintegro o el reconocimiento de otra prestación de carácter económico, pues, la razón por la cual no se renovó el contrato se debió única y exclusivamente a la inexistencia actual de las causas que le dieron origen y a la ausencia de recursos con esa destinación específica. Aspectos estos que de alguna manera se originaron en la inactividad de la misma accionante. Además, el perfil de esta no le permite ser vinculada en otros proyectos que cuentan con disponibilidad presupuestal.

En conclusión la terminación del contrato obedeció a una justa causa y no por actos discriminatorios, por lo que no se evidencia la violación de derecho fundamentales.

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública "ESAP" – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

Con todo, debe recordarse que la accionante cuenta con derechos asistenciales como la prestación gratuita de servicios de salud relacionados con el control prenatal, asistencia económica derivadas del sistema de protección al cesante *F.O.S.F.E.C.* y el subsidio a la alimentación que reconoce el *I.C.B.F.* a los niños menores de 1 año.

Así las cosas, se confirmará el fallo de primera instancia al no encontrar fundamento suficiente para la aplicación del fuero reclamado.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 048 del 23 de abril de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Popayán, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

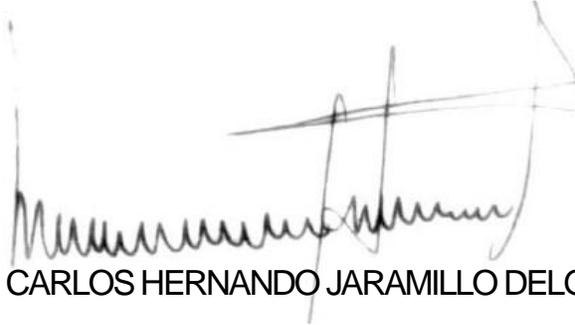
SEGUNDO: Notificar personalmente la providencia, por el medio más efectivo, a los interesados en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Remitir las diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Expediente: 19001-33-33-004-2020-00053-00 Tribunal Administrativo del Cauca
Demandante: Yurany Paz Calucé.
Demandado: Escuela Superior de Administración Pública "ESAP" – Territorial Cauca.
Acción: Tutela – Segunda Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ