



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ
Magistrado ponente

STC2968-2015

Radicación n.º 73001-22-13-000-2015-00023-01

(Aprobado en sesión de once de marzo de dos mil quince)

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de marzo de dos mil quince (2015).

Decide la Corte la impugnación interpuesta frente al fallo de 3 de febrero de 2015, proferido por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, dentro de la acción de tutela promovida por Diana Margarita Olivera Bríñez contra la Quinta División del Ejército Nacional y la Central Administrativa y Contable - CENAC Ibagué.

ANTECEDENTES

1. La accionante reclama el resguardo de los derechos a la igualdad, a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo

vital, a la seguridad social y al trabajo, presuntamente vulnerados por las autoridades accionadas.

En consecuencia, solicita «*se ordene a la Quinta División, a través del CENAC Ibagué, realizar el contrato correspondiente al año 2015, por un lapso igual al de los demás asesores del GAC a nivel Nacional, a más tardar dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela.*» (fl. 10, cdno. 1).

2. En sustento de sus pretensiones expuso que para cumplir funciones como Asesora Jurídica del Grupo Asesor de Campaña – GAC, de la Quinta División del Ejército Nacional, suscribió el contrato No. 052 de 2012, por la vigencia comprendida entre el 17 de abril hasta diciembre de 2012 y que fue renovado por dos periodos más, del 8 de febrero al 31 de diciembre de 2013 y del 22 de enero hasta el 22 de diciembre de 2014.

Relató que el 16 de octubre de 2014 se enteró de su estado de gestación, situación que dio a conocer ese mismo mes a sus compañeros de trabajo y que por la notoriedad de los cambios físicos en su cuerpo al mes siguiente conocieron los asesores de los otros GAC y el Coordinador del Grupo al que pertenecía. Notificó además de su estado de embarazo al Coordinador Nacional de los Grupos Asesores de Campaña, Brigadier General Ricardo Jiménez Mejía, a quien le hizo conocer sobre la disponibilidad para continuar desarrollando las labores como Asesora Jurídica del Grupo Asesor de Campaña de la Quinta División.

Indicó que cumplió funciones hasta el 19 de diciembre de 2014, sin embargo, el 6 de enero de los corrientes recibió un correo en el que le informaron sobre modificaciones en la contratación debido al cambio del Comandante a cargo de la División, funcionario de quien dependía ahora su contratación.

Manifestó que a la fecha de la presentación de la tutela no se ha realizado contrato a ninguna asesora jurídica, pero tiene conocimiento de que el proceso precontractual se está adelantando con otra postulada, lo que vulnera sus derechos fundamentales.

RESPUESTAS DE LOS CONVOCADOS

1. La Central Administrativa y Contable CENAC – Ibagué, deprecó que el resguardo fuera denegado, pues no se ha vulnerado derecho fundamental alguno a la actora, toda vez que la decisión de no renovar el contrato de presentación de servicios profesionales para la vigencia 2015 es ajeno a su estado de embarazo y así aparece plenamente probado dentro del expediente. La decisión obedece a criterios objetivos que justifican la contratación de un profesional con un perfil diferente y que se adecue a las necesidades y el plan de acción del nuevo comandante (fls. 84 a 87, cdno. 1).

El Mayor General Jorge Alberto Segura Manonegra manifestó que la intención de modificar el grupo de trabajo asesor del Comando se debe a la naturaleza que este representa, que requiere personal de su absoluta y total confianza y que desconocía el estado de embarazo de la

accionante previo a su llegada al cuartel General de la Quinta División (fls. 88 a 102, cdno. 1).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El *a-quo* denegó el resguardo en consideración a que la accionante «*no demostró fehacientemente haber enterado a la Institución Militar accionada de su estado de embarazo, por consiguiente no pueden tenerse como vulnerados los derechos fundamentales aquí aludidos*». Indicó que

(...) debe entender la accionante que para efectos de la presente tutela, independientemente de que hubiera enterado a sus compañeros de trabajo, u otros, lo que debió demostrar es que enteró de tal hecho oportunamente por escrito a su patrono en este caso a quien le contrató, cosa que no aparece demostrado, máxime cuando la Central Administrativa Contable de Ibagué, como también la Quinta División, al contestar la tutela están indicando que 'no le consta el hecho 6', o sea, que tuvieron conocimiento de su estado de embarazo. (fls. 120 a 129, cdno. 1).

LA IMPUGNACIÓN

La accionante impugnó el fallo aduciendo que el *a quo* basó su decisión en un formalismo que no exige la Constitución, la Ley ni la jurisprudencia, ya que el embarazo se tiene como un hecho notorio y la protección a la estabilidad reforzada no debe estar sometida a requerimientos que agraven la situación de la madre gestante. No tuvo en cuenta además que el Coordinador de los «GAC» a nivel nacional conocía de su situación, por lo que considera que

(...) [e]s discriminatorio, subjetivo e ilógico, que a pesar de cumplir a) con el perfil profesional exigido por el Ministerio de Defensa Nacional (entidad de donde dependen los GAC), b) el perfil que se

describe por parte del Comandante de la Quinta División, [3] de tener el conocimiento sobre el área de responsabilidad y sus problemáticas (incluyendo sus asuntos étnicos), [4] de tener pleno conocimiento de mi estado de gestación y [5] haber cumplido plenamente con mis funciones contractuales durante los años anteriores, se insista en la negativa de realizar mi contrato para 2015.

CONSIDERACIONES

1. Al tenor del artículo 86 de la Constitución Política, la tutela es un mecanismo singular establecido para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, frente a la amenaza o violación que pueda derivarse de la acción u omisión de las autoridades públicas o, en determinadas hipótesis, de los particulares.

Por lineamiento jurisprudencial, este instrumento excepcional no procede respecto de providencias judiciales, salvo que el funcionario adopte una decisión por completo desviada del camino previamente señalado, sin ninguna objetividad, afincado en sus particulares designios, a tal extremo que configure el proceder denominado “*vía de hecho*”, situación frente a la cual se abre camino el amparo para restablecer las garantías esenciales conculcadas siempre y cuando se hayan agotado las vías ordinarias de defensa, dado el carácter subsidiario y residual del resguardo y, por supuesto, se observe el requisito de la inmediatez connatural a su ejercicio.

2. En el presente caso, Diana Margarita Olivera Bríñez, solicitó protección constitucional al considerar que las autoridades accionadas vulneraron sus derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital, a la seguridad

social, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, al no haberle renovado el contrato de prestación de servicios celebrado con ella.

3. Sobre la desvinculación laboral de las mujeres que se encuentran en los periodos de gestación, parto y lactancia, se ha precisado que

es ineficaz (...) cuando la causa ha sido precisamente la maternidad, pensamiento que respaldan los artículos 239 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que 'se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto' y 'no producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique a la trabajadora en tales periodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionadas'.

Pero para establecer si realmente se configuró la causal de ineficacia, 'en cada caso concreto se deben analizar las condiciones objetivas del despido, así como las subjetivas de la mujer embarazada, señalando que la comprobación fáctica que debe efectuar el juez constitucional debe evidenciar los siguientes elementos para que proceda el amparo transitorio del derecho a la estabilidad reforzada, a saber: a) que el despido se ocasione durante el período amparado por el 'fuero de maternidad', esto es, que se produce en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto (artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo). b) que a la fecha del despido el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley. c) que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique. (...). d) que no medie autorización expresa del inspector del trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública. e) que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer'. Subraya la Corte (CSJ STC 20 mar. 2013, Rad. 00021-01).

3.1. En el caso del epígrafe, de cara a los parámetros referidos en el precedente atrás citado, halla la Corte que la desvinculación de la accionante como asesora Jurídica del

Grupo Asesor de Campaña de la Quinta División del Ejército Nacional se produjo durante el curso de su embarazo, (fl. 30 del cdno. 1), lo que incluso fue aceptado por la accionada, aunque justifica su proceder en causales ajenas a dicho estado.

3.2. Ahora, respecto a que las accionadas conocían del estado de gravidez de la accionante previamente a su desvinculación, se tiene que conforme a la Jurisprudencia Constitucional, el conocimiento del embarazo de la trabajadora por parte del empleador, «no es requisito para establecer si hay lugar o no a la protección, sino únicamente para determinar el grado de protección», en tanto considera que tal conocimiento da lugar a una protección integral y completa, pues presume que el despido obedeció al embarazo y por ende, a un factor de discriminación en razón del sexo.

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

La Corte Constitucional además precisó que

(...) el conocimiento del empleador del embarazo de la trabajadora, no exige mayores formalidades. Este puede darse por medio de la notificación directa, método que resulta más fácil de probar, pero también, porque se configure un hecho notorio o por la noticia de un tercero, por ejemplo. En este orden de ideas, la notificación directa 'es sólo una de las formas por las cuales el empleador puede llegar al conocimiento de la situación del embarazo de sus trabajadoras, pero no la única. (CC SU070/2013).

Así las cosas, para la Sala no es razón suficiente para negar el amparo el que la accionante no hubiera comunicado en forma escrita a las accionadas sobre su estado de gravidez, como lo adujo el *a quo* constitucional, pues ese no es requisito para establecer si hay lugar o no a la protección, sino únicamente para determinar el grado de la protección, más cuando se advierte que en el expediente obran fotografías y declaraciones que demuestran que el entorno laboral de quien presentó la solicitud de tutela conocía de esta particularidad para la fecha en que no fue renovado su contrato (fls. 81 a 83, cdno. 1), por lo que se deduce que se encuentra satisfecho el requisito que apunta en el sentido de exigir el conocimiento del estado de gravidez por parte de las accionadas.

3.3. Así mismo, las razones impeditivas aducidas por la accionada para no renovar el contrato a la accionante no justifican su desvinculación, toda vez que de las mismas se desprende que el servicio que le había sido reiteradamente encomendado conserva plena utilidad.

Sobre el alcance de la protección a la mujer en estado de gestación en función de la alternativa laboral, la Corte Constitucional en la sentencia que se cita en líneas precedentes, señaló que

(...) con el fin de extender la protección general que la Constitución dispone para las mujeres gestantes en materia laboral, la jurisprudencia ha desarrollado conceptualmente dos sencillas premisas, que permiten aplicar la lógica de las garantías generales derivadas de la legislación laboral, a los demás casos de alternativas de trabajo de estas mujeres. La primera de estas

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

En ese orden refirió que

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

Ya concretamente sobre la protección a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de gestación, en relación con los contratos de prestación de servicios refirió que

(...) 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 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. (CC SU070/2013 resaltado a propósito).*

Con base en tales premisas, la Corte observa que mediante los contratos 052 de 2012, 20 de 2013 y 01 de 2014, la accionante ha venido siendo vinculada al Ejército

Nacional para desarrollar labores como Asesora Jurídica del Grupo Asesor de Campaña de la Quinta División, convenciones en las que quedó consignado que recibiría una contraprestación por su trabajo en pagos periódicos con cargo al total de la asignación del contrato.

En virtud de ello, la actora quedó obligada a prestar, personalmente, el servicio de asesoría jurídica a la Quinta División del Ejército en sus «*instalaciones*» o en la dependencia que ésta determinara, bajo las órdenes y tareas que se establecieran en el Plan Estratégico del Grupo Asesor del Comandante de la División y las que personalmente diera el mismo para tal efecto, y por ello, como retribución, recibiría una contraprestación asimilable al salario; de donde, claramente se colige que confluyen los elementos propios de un contrato de trabajo entre la primera y la segunda, pues, independiente de la denominación del mismo, concurren en la situación *sub examine* todos los presupuestos contemplados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo para la configuración de la mentada relación.

Con base en lo expuesto, en virtud de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, para esta Sala es claro que la relación entre accionante y accionada fue de tipo laboral de conformidad con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y no de prestación de servicios, tal como se denominó a la misma, así como que no existía causal para su desvinculación en el último contrato por virtud de la

estabilidad laboral reforzada que la amparaba a consecuencia del estado de embarazo.

3.4. Por último, existe una afectación del mínimo vital de la actora, quien aseguró que los únicos ingresos con los que contaba eran los que obtenía de aquél cargo y que actualmente carece de otra vinculación laboral, proposición esta última que no fue desvirtuada por el extremo pasivo, el que tenía la carga de probar en contra para controvertir aquella negación indefinida.

4. En este orden de ideas, existiendo relación laboral e interrupción de la misma durante el embarazo, que afecta el mínimo vital de la accionante, sin duda el amparo deprecado debe prosperar, sin que la culminación del término por el cual fue celebrado el contrato de prestación de servicios resultara suficiente para impedir el reconocimiento de la antes mencionada estabilidad reforzada.

En ese sentido, en un caso que guarda alguna simetría con el aquí auscultado, la Corte Constitucional expuso

(...) En el Caso # 11, correspondiente al expediente T-2.386.501, la señora Lilian Carolina Arenas Rendón, firmó un contrato de prestación de servicios con el Municipio de Dosquebradas para “apoyo para la gestión cultural y artística en el municipio de Dosquebradas”, contrato que tenía una duración de ocho (8) meses –del diecinueve (19) de mayo de 2008 al diecinueve (19) de enero de 2009-. Quedó en embarazo y para el diez (10) de septiembre de 2008 contaba con nueve (9) semanas de gestación. El treinta y uno (31) de diciembre de 2008, veinte días antes del término final pactado, la actora y su interventora firmaron el acta final del contrato de prestación de servicios, con cumplimiento a satisfacción. Para esta fecha la señora Arenas Rendón contaba aproximadamente con cinco (5) meses de embarazo. A juicio de

esta Sala, de los supuestos fácticos del presente asunto y, en especial, del hecho de que la actora desempeñara su labor en una oficina que le fue asignada por la Secretaría de Educación, Cultura, Deporte y Recreación y que además, le hubiese sido asignado un computador para desempeñar unas funciones específicas de apoyo a la gestión cultural y artística, se puede inferir que se acreditan los supuestos para la configuración de un contrato realidad (subordinación, salario y prestación personal del servicio), por lo que procederá aplicar la regla correspondiente a los contratos a término fijo cuando el empleador conoce del estado de embarazo (la actora entregó al interventor del contrato exámenes médicos e incapacidades en los que constaba su embarazo y además era un hecho notorio pues contaba con 5 meses para la fecha del despido) y desvincula a la trabajadora una vez vencido el contrato alegando esto como justa causa (2.1.2). En este caso deberá ordenarse el reconocimiento de la licencia de maternidad (como medida sustituta del pago de las cotizaciones). Por otra parte, la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecieron. Teniendo en cuenta que, como se dijo, la peticionaria desempeñaba sus funciones en las oficinas de la Secretaría, y que prestaba un servicio de apoyo para la gestión cultural y artística en el municipio de Dosquebradas que puede entenderse tiene una vocación de permanencia en el tiempo por tratarse, como lo afirma la actora, de “una obligación social del municipio”, la Sala concluye que las causas que dieron origen al contrato aún subsisten. Sin embargo, no habrá lugar a ordenar la medida sustituta al reintegro, es decir, el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir pues, para la fecha de la sentencia de primera instancia -26 de mayo de 2009- se colige que ya había tenido lugar el parto. Teniendo en cuenta que se trata de una empresa del Estado, no se ordenará el pago de la indemnización prevista en el artículo 239 del C.S.T.”¹

5. Así las cosas, deberá acogerse la solicitud de la accionante en orden a disponer que la Quinta División del Ejército Nacional, al amparo del contrato 01 de 2014 celebrado con la accionante le reconozca las condignas prestaciones y prerrogativas correspondientes al estado de embarazo en punto a la continuidad de la relación y en su oportunidad el reconocimiento de la licencia de maternidad respectiva; y que para tal efecto suscriba con ella, sin solución de continuidad el contrato a término fijo

¹ CC SU070/2013.

correspondiente al periodo subsiguiente, como quiera que se encuentra demostrado que la accionada conocía del estado de embarazo de la quejosa al momento de su desvinculación y que el cargo que venía desempeñando aún subsiste, lo que sin duda permite la vinculación aludida para que sean garantizados los derechos que adquirió como trabajadora del ente castrense, a lo que se advierte que no son de recibo las circunstancias expuestas para la no contratación a la actora, esto es, el cambio de comandante de la División y las necesidades de éste, para negar ese derecho.

6. Las anteriores razones son suficientes para revocar el fallo impugnado y en su lugar, conceder el amparo impetrado, ordenando a la Quinta División del Ejército Nacional, que por intermedio del Mayor General Jorge Alberto Segura Manonegra, Comandante de esa División, al amparo del contrato 01 de 2014 celebrado con la accionante le reconozca las condignas prestaciones y prerrogativas correspondientes al estado de embarazo en punto a la continuidad de la relación y en su oportunidad el reconocimiento de la licencia respectiva; y que para tal efecto suscriba con ella sin solución de continuidad el contrato a término fijo correspondiente al periodo subsiguiente, en el cargo de Asesora Jurídica de la Quinta División.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia

en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **REVOCA** la sentencia impugnada y en consecuencia,

Primero: Concede el amparo de los derechos de la accionante a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital.

Segundo: Ordena a la Quinta División del Ejército Nacional, por intermedio del Mayor General Jorge Alberto Segura Manonegra, Comandante de esa División, que al amparo del contrato 01 de 2014 celebrado con la accionante le reconozca las condignas prestaciones y prerrogativas correspondientes al estado de embarazo en punto a la continuidad de la relación y en su oportunidad la licencia respectiva; y que para tal efecto suscriba con ella sin solución de continuidad el contrato a término fijo correspondiente al periodo subsiguiente.

Tercero: La autoridad accionada deberá enterar a esta Corporación sobre el cumplimiento de la orden anterior, a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la presente providencia.

Cuarto: Por Secretaría, devuélvase el expediente adjunto al despacho de origen.

Quinto: Comuníquese mediante telegrama a los interesados, remítaseles copia de esta providencia y envíese el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ