

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

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

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Magistrado ponente

STC6108-2015

Radicación n.º 76001-22-10-000-2015-00066-01

(Aprobado en sesión veinte de mayo de dos mil quince)

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de mayo de dos mil quince (2015).

La Corte decide la impugnación formulada contra el fallo proferido el veinticinco de marzo de dos mil quince por Sala de Familia del Tribunal Superior de Cali, en la acción de tutela promovida por Nathaly Sánchez Mosquera contra el Jefe de la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional, trámite al cual se vinculó al Subdirector de la Dirección de Reclutamiento, el Director de la Zona Tercera de Reclutamiento del Distrito Militar No. 16 de Cali, la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Valle y la sociedad Proyectos y Servicios Empresariales de Occidente S.A.S.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

La accionante, en nombre propio y en representación de sus dos hijos menores de edad, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, seguridad social, mínimo vital y prevalencia del interés de los niños, que considera vulnerados por el ente accionado, porque no le fue renovado el contrato de prestación de servicios suscrito con el Ejército Nacional, pese a encontrarse en notorio estado de embarazo para la fecha de su culminación. Aunado a ello, afirmó, que su vínculo contiene los elementos necesarios para ser considerado como una verdadera relación laboral.

En consecuencia, pretende que se ordene a la autoridad demandada «...PAGAR el valor que por concepto de honorarios mensuales se causen a partir del 1º de enero de 2015 y hasta seis meses después del natalicio...» [Folios 28-31, c.1]

B. Los hechos

1. Nathaly Sánchez Mosquera suscribió los contratos de prestación de servicios Nos. 240-DIRCR-2013 del 5 de julio de 2013 y 144-DIRCR-2014 del 17 de enero de 2014, con la Jefatura de Reclutamiento del Ejército con sede en Cali, para desempeñar la labor de Auxiliar de Atención al Usuario en la Tercera Zona de Reclutamiento.

2. En el mes de mayo de 2014, la accionante quedó embarazada, circunstancia que comunicó, de manera

verbal, a sus superiores jerárquicos antes de la culminación del acuerdo, esto es, en el mes de octubre pasado.

4. El 31 de diciembre de 2014, para cuando la tutelante contaba con siete (7) meses de embarazo, culminó el vínculo contractual y en el mes de enero de 2015 no le fue renovado.

5. El 18 de febrero de 2015, la promotora del amparo dio a luz a la niña L.P.S.

6. La gestora de la queja, acude a este excepcional mecanismo porque en su sentir la actuación descrita en precedencia vulnera sus prerrogativas fundamentales y las de su hija recién nacida, así como las de su hijo S.S.M. de 10 años de edad, pues es madre cabeza de familia, se encuentra desempleada, en licencia de maternidad y además de sus descendientes, tiene a cargo a su progenitora.

En consecuencia, invocó la protección constitucional, en la forma vista.

C. El trámite de la primera instancia

1. El 11 de marzo de 2015 se admitió la acción de tutela, se ordenó el traslado a los accionados y se dispuso vincular a los demás intervinientes, para que ejercieran su derecho a la defensa. [Folio 33, c.1]

2. El Director de Reclutamiento y Control de Reservas

del Ejército Nacional señaló que efectivamente la accionante prestó servicios de apoyo a la gestión hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha en que terminó el contrato No. 144-DIRCR-2014, suscrito el 17 de enero de 2014. Así mismo, precisó, que dicho contrato asumió la modalidad de prestación de servicios, por cuanto se encontraba libre de subordinación. Por último, recalcó, que la relación contractual finalizó por el vencimiento del acuerdo y no por otra causa, como lo sugiere la actora. Por lo anterior, pidió negar el amparo.

3. En fallo de 25 de marzo de 2015, la Sala de Familia del Tribunal de Cali negó la protección constitucional por ausencia del requisito de subsidiariedad, pues para dirimir la disputa acerca de la naturaleza de los contratos suscritos se debe acudir al Juez natural.

4. La accionante impugnó el anterior fallo sin ampliar los motivos inconformidad.

II. CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela es una herramienta que busca la protección inmediata de las garantías de las personas ante la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares. Este mecanismo constitucional es, de igual forma, excepcional, pues solamente puede ser ejercido con prontitud y ante la inexistencia de algún otro medio de defensa judicial.

2. Uno de los derechos fundamentales que protege la jurisprudencia constitucional ha sido el de la estabilidad laboral reforzada para la mujer embarazada, amparo que se extiende hasta el postparto. Al respecto, ha puntualizado esta Corporación que *«...el despido de las mujeres que se encuentran en los periodos de gestación, parto y lactancia, es ineficaz (...) cuando la causa ha sido precisamente la maternidad...»*

Ahora, para que sea viable, a través de la acción de tutela, como mecanismo transitorio, definir si el despido es o no ineficaz, se ha establecido que debe ponderarse en cada caso particular, si *i)* el despido se originó durante el periodo amparado por el fuero de maternidad, esto es, durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; *ii)* el empleador conocía o debía conocer del estado de gravidez de la trabajadora; *iii)* que el despido no esté relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique; *iv)* 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; y, *v)* que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer. (CSJ STC 20 mar. 2013, Rad. 00021-01)

En armonía con estas premisas, la Corte Constitucional ha habilitado la intervención del juez de tutela en casos donde es desvinculada una mujer en estado de embarazo, contratada mediante convenios, en principio, distintos al laboral, como el de prestación de servicios.

Al respecto, ha señalado la citada Colegiatura 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 SU-070 de 2013). (Negrilla y subraya para resaltar)

3. En el caso que es objeto de estudio, resulta viable entrar a analizar por esta excepcional vía si es procedente el amparo tutelar, en tanto la solicitante afirmó ser madre cabeza de familia, a cuyo cargo se encuentran su progenitora, su hijo de diez (10) años S.S.M., quien no cuenta con reconocimiento paterno y su recién nacida L.P.S.; además de encontrarse desempleada y el licencia de maternidad, pues dio a luz el pasado 18 de febrero de 2015.

Lo anterior, porque la situación reseñada encuentra respaldo en el material probatorio aportado por la reclamante con su demanda y, adicionalmente, porque se

trata de afirmaciones no desvirtuadas en modo alguno por la institución demandada.

4. Bien, la tutelante acreditó haber laborado para el Ejército Nacional de Colombia – Jefatura de Reclutamiento de Cali, en el cargo de *auxiliar de atención al usuario*, desde el 5 de julio de 2013, fecha en que suscribió el primer contrato de *“prestación de servicios”*, hasta el 31 de diciembre de 2014, cuando se cumplió el término del segundo convenio que en la misma modalidad le fue renovado en enero de 2014.

Está demostrado también, que las funciones desarrolladas por la actora durante la ejecución de los dos acuerdos, fueron las de *“...verificar en el aplicativo SIIR la situación de los ciudadanos, resolviendo las inquietudes respecto a la definición de la situación militar, salvaguardar los archivos bajo su custodia, haciendo especial énfasis en el mantenimiento de su integridad, suministrar información en forma oportuna y precisa de acuerdo con los niveles de acceso permitido, mantener en total reserva el contenido de la documentación que maneja, mantener la debida reserva sobre la información que sea de su conocimiento en razón de sus funciones...”*, es decir, que se trataba de actividades que no requerían de *“conocimiento profesional, técnico o científico”*, ni *“conocimiento especializado”*, luego, en principio, su actividad podía ser ejecutada por personal de planta.

Quiere ello decir, que para el caso particular, no operaba el contrato de prestación de servicios mediante el cual fue vinculada la accionante.

5. Ahora, en cuanto al cumplimiento de los presupuestos necesarios para determinar si se está frente a un verdadero contrato laboral, atendiendo a la realidad sobre las formalidades, la Sala advierte, en primer lugar, que la actora prestaba personalmente el servicio, pues para cumplir con las funciones encomendadas se trasladaba a las instalaciones de la Tercera Zona de Reclutamiento de los Distritos Militares Nos. 16 y 17, dado que su labor, como quedó especificado en líneas anteriores, era la de atender *“ciudadanos en proceso de definición de su situación militar (absolución de consultas, verificación en el sistema, suministro de información relacionada con el reclutamiento, entrega de libretas militares, recepción de documentos...)”*, tal como se desprende de los dos contratos que suscribió con la entidad tutelada y de su dicho en la demanda.

En segundo término, de las pruebas aportadas por la promotora del amparo, se extrae que existía subordinación respecto de la labor contratada. En efecto, quedó plasmado en el acuerdo que su *“supervisor”* sería el Comandante de la División para la cual trabajaba y de conformidad con las declaraciones juramentadas ante notario de los ciudadanos Mileidy Mera Larrahondo (Fl. 24, c.1) y Jorge Humberto Potes Jaramillo (Fl. 25, íb), quienes afirmaron que *“...ella laboraba en el Batallón como atención al usuario (sic) en el Distrito (16 y 17) de lunes a viernes y algunos sábados con un horario de (8 a 10) horas diarias”*

La primera, dijo poder dar fe de aquella circunstancia, porque *“...éramos compañeras de trabajo realizábamos las mismas funciones...”*, mientras el segundo explicó *“...yo era su*

trapostador (sic) yo la recogía de su casa al trabajo y del trabajo a su casa durante un año y medio tiempo en que (...) laboró en el Batallón...”

Luego, es evidente que la tutelante mantenía una relación de subordinación frente a la institución accionada, pues el cumplimiento de la misión que le fue encomendada, requería del cumplimiento de horarios, así como de las instrucciones de sus superiores jerárquicos, entendiéndose por tal, el comandante del batallón en el que llevaba a cabo sus funciones.

Finalmente, de la prueba documental adosada al expediente se desprende que la quejosa percibía una remuneración periódica por sus servicios, que como vimos eran prestados de manera personal y subordinada, por lo que es claro que el pago constituía su salario.

En este orden de ideas, para la Sala surge nítido que, en línea de principio, la señora Natahaly Sánchez Mosquera, tenía en realidad un verdadero contrato de trabajo con el Ejército Nacional, por lo que la pasará a determinarse si la terminación del mismo por el vencimiento del plazo, fue eficaz.

6. Señaló la actora que fue desvinculada el 31 de diciembre de 2014, fecha en la cual se venció el término del contrato No. 144-DIRCR-2014, sin que en el mes de enero de 2015 hubiese sido contactada nuevamente para renovarlo; para ese entonces, la ciudadana contaba ya con

siete (7) meses de embarazo, lo cual se extrae de la época en que se enteró de su estado de gravidez (mayo de 2014) y aquella en que dio a luz (febrero de 2015).

Quiere ello decir, que si bien la gestora del amparo no informó por escrito de su preñez a sus superiores jerárquicos, pues asegura que lo hizo de manera verbal en el mes de octubre, lo cierto es que para cuando finalizó el vínculo contractual su estado era un hecho notorio que impedía finalizar el convenio y que impone aplicar la presunción legal que en estos casos ha previsto la jurisprudencia constitucional y que señala que si el empleador procedió al despido con conocimiento del embarazo, debe entenderse que lo hizo por razón de la maternidad.

Tal presunción, como es natural, admite prueba en contrario, sin embargo de las respuestas allegadas por las autoridades accionadas y vinculadas al presente trámite, no se advierte que las mismas tengan la entidad suficiente para desvertebrar la postura de la accionante, pues se fincan únicamente en que la naturaleza del vínculo contractual de la gestante permitía la finalización del acuerdo al vencimiento del plazo pactado.

Sin embargo, olvida el Ejército Nacional que en tratándose de mujeres en estado de gravidez debe garantizarse la estabilidad laboral reforzada para proteger sus prerrogativas fundamentales y las de su hijo que está

por nacer, incluso, en aquellos casos donde su contrato no sea de naturaleza laboral.

Ello, sobretodo, en casos como en el que aquí se analiza, donde es claro que *i)* la función encomendada a la actora no tiene un tiempo de duración determinado, pues la atención al ciudadano que está resolviendo su situación militar no se agota, *ii)* no se acreditó en manera alguna que a la trabajadora se le hubiese hecho algún tipo de llamado de atención que determinara la necesidad de prescindir de sus servicios por causa diversa a su embarazo, y *iii)* según la quejosa en su reemplazo fue contratada otra ciudadana, circunstancias que tampoco fueron desvirtuadas en esta actuación constitucional.

Con fundamento en lo anterior, la Sala concluye que la no renovación del vínculo, que era de carácter laboral en realidad, obedeció a razones discriminatorias contra la tutelante por razón de su estado de gravidez, circunstancia que amerita la intervención del juez de tutela.

7. En consecuencia, se revocará el fallo que por vía de impugnación se ha revisado y en su lugar, se dispondrá amparar los derechos fundamentales invocados por la tutelante, para cuya protección se seguirá el lineamiento trazado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que frente a este puntual tópico, en un caso de similares contornos, resolvió:

En este caso deberá ordenarse el reconocimiento de la licencia de maternidad (como medida sustituta del pago de las cotizaciones). (...) 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. (SU 070 de 2013, Caso # 11)

En consecuencia, se ordenará a la Dirección de Reclutamiento y Control Reservas, al Subdirector de la Dirección de Reclutamiento y al Director de la Tercera Zona de Reclutamiento del Distrito Militar No. 16, reconocer y pagar la licencia de maternidad (como sustitutiva del pago de las cotizaciones), no se dispondrá el pago de salarios ni prestaciones por haber tenido lugar el parto antes del proferimiento del fallo de primera instancia y no se ordenará el pago de la indemnización prevista en el artículo 239 del código sustantivo del trabajo.

III. 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 su lugar, **CONCEDE** el amparo a los derechos fundamentales invocados. En consecuencia:

PRIMERO: ORDENAR a la Dirección de Reclutamiento y Control Reservas, al Subdirector de la Dirección de

Reclutamiento y al Director de la Tercera Zona de Reclutamiento del Distrito Militar No. 16, reconocer y pagar la licencia de maternidad (como sustitutiva del pago de las cotizaciones) a la promotora del amparo.

SEGUNDO: Comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes; y, en oportunidad, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su 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