



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 1

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado Ponente

STP4523-2017
Radicación n.º 90767
Acta 97

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

ASUNTO

Se resuelve la impugnación presentada por **CAROLINA SOTO GÓMEZ** frente a la sentencia proferida el 15 de febrero de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, mediante la cual le negó el amparo promovido en contra de la Central Administrativa Contable del Ejército Nacional –Regional de esa ciudad- por la presunta vulneración de sus derechos a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada y al trabajo.

ANTECEDENTES

1. Hechos y fundamentos de la acción

Fueron relatados por el *A quo* de la siguiente manera:

(...) Expone la accionante que el 31 de mayo de 2016, suscribió contrato de prestación de servicios No. 150- CENAC-Valledupar - 2016, con el objeto de la Prestación de Servicios Profesionales en Asesoría y Representación Jurídica para todos los procesos contractuales que realiza la Central Administrativa y Contable CENAC Valledupar, como unidad centralizadora.

El plazo de ejecución del contrato fue de 7 meses, contados a partir de su cumplimiento.

2.2.- No obstante la denominación contractual, la ejecución del contrato, en todo momento se dio bajo los presupuestos de prestación de personal, continuada subordinación y remuneración, aspecto que se evidencia en el hecho de la ejecución de labores destinadas a cumplirse de lunes a viernes en el horario de 8:00 a 12:00 a.m. y de 2:00 a 6:00 p.m., incluso extendiéndose a horarios superiores y los días sábado, encontrándose en vez de un contrato de prestación de servicios en uno de los denominados contratos realidad.

2.3.- El 18 de enero de 2017, se realizó prueba de gravidez que resultó positiva, anotando que para esa fecha su estado gestacional era de 5 semanas, lo que indica que el embarazo inició estando en vigencia el contrato de prestación de servicios, aproximadamente finalizando el mes de noviembre de 2016 y en

cuanto tuvo conocimiento de su condición, lo puso en conocimiento del director de la entidad, quien al día siguiente le respondió en forma contraria a lo que indican los preceptos establecidos por la Corte Constitucional con respecto a la estabilidad laboral reforzada para las mujeres en estado de embarazo.

2.4.- Indica la accionante, que dentro de la entidad durante la vigencia 2016, se atendieron casos similares al suyo, los cuales fueron resueltos positivamente para las madres gestantes peticionarias, por lo que le resulta extraño que se atienda el suyo de manera diferente, vulnerando su derecho a la igualdad.

2.5.- Expresa que adicional al embarazo actual, posee dos menores de edad de 3 y 6 años respectivamente, por los cuales debe responder y por lo que espera que la entidad reconsidere su postura y actúe conforme a los postulados constitucionales y legales; además porque el contrato del que se hizo referencia se encuentra vigente, puesto que no ha sido liquidado de acuerdo a las normas que regulan la contratación pública.

(...)

Solicita la accionante se tutelen los derechos fundamentales anteriormente referidos y en consecuencia, se ordene a la Central Administrativa y Contable Regional Valledupar:

Que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente proveído, se proceda a reintegrar y/o renovar su contrato, para el desempeño de un cargo igual o superior al que venía desempeñando cuando se produjo la terminación del contrato de prestación de servicios el día 31 de diciembre de 2016, acorde con su estado de salud actual.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar negó el amparo al considerar que no existen elementos de juicio que permitan establecer con criterio de verdad que entre la demandada y la accionante existió un contrato realidad, por lo que dicho aspecto debe ser debatido y solucionado por la jurisdicción ordinaria, al interior de la cual cuenta con los mecanismos de defensa aptos para salvaguardar sus derechos fundamentales.

Resaltó que la entidad accionada expuso que con base en el estudio de seguridad que se le hiciera a la actora al momento de su contratación y la verificación posterior en la base de datos, se tiene que ésta cuenta con el apoyo de su compañero permanente, padre de una de sus dos hijas del que está por nacer, además de recibir ingresos por cuota alimentara de \$1.500.000 por parte del progenitor de su hija mayor, lo cual demuestra que su mínimo vital se encuentra garantizado.

Adujo que sólo hasta el 18 de enero de 2017 la interesada puso en conocimiento de la accionada su estado de gravidez, descartando con ello que el cese del vínculo contractual haya sido causa de su embarazo, pues el mismo culminó el 31 de diciembre de 2016.

LA IMPUGNACIÓN

CAROLINA SOTO GÓMEZ reiteró los planteamientos de la demanda e indicó que de acuerdo con los exámenes allegados a la actuación, está plenamente demostrado que el embarazo se produjo dentro de la ejecución del contrato, y tan pronto informó sobre su estado de gravidez procedieron a contratar a otras personas, lo que a su criterio es un acto de discriminación.

Aportó certificación del Juzgado 2° de Familia de Valledupar en la que se indica que el padre de su hija mayor tiene una deuda de \$12.750.000 por concepto de cuotas alimentarias atrasadas.

Resaltó que la demandada omitió acudir al inspector de trabajo antes del vencimiento del contrato, con el fin de que se determinara si existen causas objetivas para ordenar su desvinculación.

CONSIDERACIONES

1. Corresponde a la Sala determinar si la autoridad accionada vulneró los derechos a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada y al trabajo de la interesada, al haber terminado su contrato de prestación de servicios, sin que, al parecer se tuviera en cuenta su estado de gravidez.

2. La Constitución Política, en el artículo 86, estableció la tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual que tiene por objeto la protección de manera efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, ante su vulneración o amenaza, proveniente de la acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o de los particulares, en los casos que la ley regula, siempre que el interesado no cuente con otros medios de defensa judicial.

3. La Corte Constitucional en sentencia CC SU-070/13, definió la protección reforzada a la maternidad como una garantía esencial del Estado Social de Derecho aplicable en los sectores público y privado con independencia de la modalidad de contratación. Sobre el contrato prestación de servicios señaló:

*(...) En aquellos eventos en los cuales el ejercicio de la libertad contractual, trae como consecuencia la vulneración o el desconocimiento de valores, principios o derechos constitucionales fundamentales, entonces la libertad contractual debe ceder. En ese orden de argumentación, ha dicho la Corte Constitucional que **la protección de estabilidad laboral reforzada a favor de las mujeres trabajadoras en estado de gravidez se extiende también a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo, e incluso por contratos de trabajo o prestación a término fijo.** Esto responde igualmente a la garantía establecida en el artículo 53 de la Constitución, de acuerdo con la cual, debe darse prioridad a la aplicación del principio de estabilidad laboral y de primacía*

de la realidad sobre las formas así como a la protección de la mujer y de la maternidad (art. 43 C.N).

(...)

En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral. Si bien la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la configuración de un “contrato realidad”, pues “existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales [se] puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral”, en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela.

En el caso de contratos de prestación de servicios celebrados por el Estado con personas naturales, debe advertirse que éste únicamente opera cuando “para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden”.

Por esta razón, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que si en el contrato de prestación de servicios, privado o estatal, se llegare a demostrar la existencia de una relación laboral, “ello conllevaría a su desnaturalización y a la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo; a los artículos 1, 2 y 25 de la Carta; además a los principios de la

primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, al de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y al de la estabilidad en el empleo.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

El anterior recuento jurisprudencial, pone de manifiesto que la protección a la maternidad es una garantía que debe cumplirse sin importar la modalidad de contratación o el sector al que pertenezca la madre gestante; sin embargo, el tipo de vinculación es determinante a la hora de establecer el alcance de la protección y las medidas que deben adoptarse en cada caso, según las reglas jurisprudenciales contenidas en la sentencia previamente aludida.

3.1. Una vez revisadas las pruebas que reposaban en el expediente, se tiene que **CAROLINA SOTO GÓMEZ** promovió la presente acción con el fin de que el juez constitucional impartiera una orden encaminada a que se le reintegre al cargo que ocupaba, antes de la terminación de su vínculo contractual, que, afirma, no fue renovado en razón a su embarazo, ya que, en su criterio, con la Central Administrativa y Contable del Ejército Nacional –Regional Valledupar- existió un contrato realidad; lo que lleva implícito la existencia de un conflicto de carácter jurídico, que dada la naturaleza residual y subsidiaria de la acción, no puede ser dilucidado en sede de tutela.

Bajo esta orientación, ningún reproche se puede hacer frente a la decisión adoptada por el juez colegiado de primera instancia, dado que no es este el escenario para dilucidar la controversia planteada y, adicional a ello, la accionante reconoció en el escrito inicial que el contrato de prestación de servicios finalizó por el vencimiento del término (esto es el 31 de diciembre de 2016) y no acreditó que durante su ejecución hubiese notificado su estado de gravedad al contratante, por el contrario, reconoció que sólo hasta el 19 de enero de 2017¹, se enteró de su estado y que el 23 de enero siguiente² solicitó que se le renovara el contrato, lo que evidencia que no fue esa la razón para que se diera la terminación del vínculo entre las partes.

En ese orden, del material probatorio allegado, no puede inferirse razonablemente la existencia de las condiciones que permitan acceder a la protección suplicada, a lo que se suma que el derecho reclamado debe ser cierto y manifiesto, de suerte que si para su esclarecimiento resulta indispensable acudir a inferencias, procedimientos y pruebas propias en un proceso, como acontece en este caso, no es viable la tutela, ni siquiera como mecanismo transitorio.

3.2. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que cuando el juez constitucional determine que no existen elementos de juicio suficientes para presumir

¹Cfr. Folio 26 – cuaderno No.1.

² Cfr. Folios 31 a 43 – *ibidem*.

que la desvinculación de la trabajadora se produjo por su estado de gravidez, en virtud del principio de solidaridad, resulta viable ordenar el pago de las cotizaciones respectivas a seguridad social, después de la cesación de la relación laboral o el contrato y hasta el momento en que la mujer acceda a la prestación económica de la licencia de maternidad. Al respecto en sentencia CC SU-070/13, indicó:

(...) Por otra parte se explicó que la jurisprudencia ha desarrollado hipótesis cuyo contenido pretende exceder el umbral de la protección que regularmente tienen las mujeres no embarazadas y los trabajadores y contratistas en general, con el fin de configurar, justamente, una protección de carácter reforzado. Estas hipótesis han establecido, de un lado, el reconocimiento de una relación laboral entre la empleada y las empresas de servicios temporales o cooperativas de trabajo asociado. Y de otro, la presunción de que por razón del embarazo se ha dejado de renovar un contrato laboral a término fijo o uno de prestación o se ha finiquitado uno de obra, cuando no se demuestra y no lo certifica el Inspector del Trabajo, que la necesidad del servicio o del objeto del contrato o de la obra contratada ha desaparecido.

Esto implica que la Corte ha decidido aplicar la lógica de las medidas protectoras que el derecho laboral ha dispuesto para los casos de los denominados despidos sin justa causa, que buscan en últimas garantizar la estabilidad del trabajador. De este modo, en consideración de que las alternativas laborales protegidas por la Constitución no se circunscriben únicamente a la relación laboral sino también a otras opciones de subsistencia como el contrato de prestación de servicios, de cooperativismo,

de servicios temporales, entre otros, entonces resulta procedente la aplicación de las medidas propias de estabilidad en relaciones laborales, a alternativas laborales sustentadas en relaciones contractuales distintas al contrato de trabajo. Y, la manifestación práctica de esta lógica es el reintegro o la renovación del contrato como medida de protección principal.

También, la Corte ha optado por proteger la alternativa laboral de las mujeres gestantes desde la óptica de la garantía de los medios económicos necesarios para afrontar tanto el embarazo como la manutención del(a) recién nacido(a). Garantía que se presume satisfecha cuando la mujer devenga salario u honorarios; luego, se deberá presumir no satisfecha cuando no los devenga. Por esta razón, cuando es improcedente el reintegro o la renovación, resulta viable la modalidad de protección consistente en reconocer las cotizaciones respectivas a seguridad social, después de la cesación de la relación laboral o el contrato y hasta el momento en que la mujer acceda a la prestación económica de la licencia de maternidad.

Con todo y que lo anterior indica una carga en cabeza del empleador o contratante que no tiene un sustento claro en la legislación laboral ni en la regulación de los contratos de prestación, sino en el principio constitucional de solidaridad, como una forma de concretar la protección reforzada del artículo 43 Superior; se han presentado razones de orden constitucional para sustentar dicha carga cuando no procede el reintegro o la renovación, y ni la relación laboral ni el contrato de prestación están vigentes. (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

De acuerdo con lo anterior y como quiera que la terminación del contrato de prestación de servicios trajo como consecuencia que la interesada quedara cesante mientras se encontraba en estado de embarazo, es evidente que tal situación, con independencia de la causa que la generó, hace imperativo adoptar medidas a su favor, por cuanto es merecedora de una especial protección constitucional, a fin de salvaguardar sus derechos y los del que está por nacer.

De este modo, ante la imposibilidad fáctica de ordenar la reanudación del contrato de prestación de servicios, la Sala debe proceder con apego a la regla jurisprudencial transcrita en líneas anteriores, a *«ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación»*, para así garantizar el goce efectivo de la licencia de maternidad, sobre todo si se tiene en cuenta que su contrato finalizó el 31 de diciembre de 2016 y con él, sus cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud.

De este modo, la protección se encaminará a ordenar, a favor de la actora, el pago de los aportes al Sistema de Salud correspondientes al período de gestación posterior a la terminación de su vínculo contractual, con el fin de que el Sistema de Seguridad Social le garantice, si aún no lo hubiese hecho, el reconocimiento y disfrute efectivo de la prestación derivada de la maternidad, pues este es el margen mínimo de protección cuando se presenta una

causal objetiva para el retiro de la embarazada.

Por todo lo anterior, esta Sala revocará la sentencia de primer grado, para conceder el amparo deprecado, en los términos ya definidos.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas No. 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero. Revocar la sentencia impugnada y, en su lugar, **tutelar** el derecho fundamental a la seguridad social de **CAROLINA SOTO GÓMEZ**.

Segundo. Ordenar a la Central Administrativa y Contable del Ejército Nacional –Regional Valledupar- que dentro del término de cinco (5) días contados a partir de la notificación del presente fallo, proceda a realizar el pago de los aportes al Sistema de Salud de **SOTO GÓMEZ** correspondientes al período de gestación posterior a la terminación de su vínculo contractual, con el fin de que se le garantice, si aún no lo hubiese hecho, el reconocimiento y disfrute efectivo de la prestación derivada de la maternidad y de su correspondiente licencia.

Tercero. Disponer el envío de las diligencias a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de los fallos proferidos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EYDER PATIÑO CABRERA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria