



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

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ
Magistrado ponente

STC15767-2014

Radicación n.º 73001-22-13-000-2014-00425-01

(Aprobado en sesión de doce de noviembre de dos mil catorce)

Bogotá, D. C., catorce (14) de noviembre de dos mil catorce (2014).

Decide la Corte la impugnación interpuesta frente al fallo de 2 de octubre de 2014, proferido por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, dentro de la acción de tutela promovida por Yudy Constanza Guerra Sánchez contra la Dirección de Sanidad de la Policía del Tolima y la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional.

ANTECEDENTES

1. La accionante reclama el resguardo de los derechos *«a la vida, al fuero de maternidad en protección de la gestante y del niño por nacer, a la estabilidad laboral*

reforzada, al mínimo vital y a la seguridad social», presuntamente vulnerados por las autoridades accionadas.

En consecuencia, solicita ordenar que *«se restablezca [su] relación laboral con la DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL y la permanencia en el sistema de seguridad social»* (fl. 1, cdno. 1).

2. En sustento de sus pretensiones expuso que para cumplir con el *«servicio social obligatorio»* como enfermera, mediante Resolución Nro. 441 de 31 de julio de 2013 y por el término de un año, fue vinculada a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, donde la asignaron a la seccional del Tolima; que el 14 de julio de 2014 informó que tenía 24 semanas de embarazo, lo que reiteró el 25 de julio siguiente; y que a pesar de lo anterior, previo concepto del Jefe de Talento Humano, el 1º de agosto de 2014 el Jefe de Área del Tolima certificó que su vinculación a la Policía Nacional fue por el período comprendido entre el *«01/08/2013 al 31/07/2014, (...) dando así por terminad[a] [su relación] laboral»* e informándole que ello no era *«consecuencia de su estado de embarazo, sino por el cumplimiento del tiempo durante el cual legalmente se puede ocupar la plaza para los profesionales que prestan su Servicio Social Obligatorio (...)»*.

Relató que como el 20 de agosto de 2014 la E.P.S. Sanitas no accedió a prestarle los servicios médicos que demanda su embarazo, por aparecer retirada del sistema desde el 31 de julio de 2014, y la relación legal y reglamentaria que tenía con las encausadas *«era [su] única fuente de ingreso y actualmente [se] encuentr[a] desempleada»*; solicitó *«se tuviera en cuenta [su] estado de gravidez, para efectos de restablecimiento (sic) de la relación*

laboral y permanencia en el sistema de seguridad social», pero el Jefe de Sanidad del Tolima reiteró que ello no es viable ante la finalización del término establecido para el servicio social obligatorio, a más que la entidad no cuenta con presupuesto adicional para la contratación profesional de una enfermera jefe.

Adujo que su desvinculación fue sin justa causa, atenta contra sus garantías y los del menor por nacer, frente a los cuales no resultan oponibles los problemas presupuestales; que de acuerdo al artículo 7º del Decreto 1510 de 2013, las entidades estatales pueden actualizar su *«plan de adquisiciones»*; y que no cuenta con otro medio de defensa idóneo, diferente a la acción de tutela, *«para proteger instantánea y objetivamente [sus] derechos»* (fls. 1 a 14, cdno. 1).

3. La Policía Nacional, a través del Área de Sanidad del Tolima, deprecó que el resguardo fuera denegado porque *«no ha vulnerado derecho fundamental alguno al accionante (sic)»,* toda vez que su desvinculación no fue consecuencia de su estado de embarazo sino de la culminación del término del servicio social obligatorio, el cual está regulado mediante la Resolución Nro. 1058 de 2010 como una *«vinculación legal, contractual o reglamentaria, con carácter temporal»,* por el término de un año, cargos que son incluidos por ese lapso en el *«respectivo plan de compras (...) para cada vigencia de conformidad con el presupuesto anual que haga el Ministerio de Hacienda»,* *«condiciones que la demandante conocía y aceptó voluntariamente»,* de donde *«no es obligación de la entidad celebrar un nuevo contrato en virtud de la novedad del embarazo (...),] sin el debido respaldo presupuestal y sin el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en el*

Estatuto General de Contratación de la Administración», lo que «generaría responsabilidad administrativa, disciplinaria y hasta fiscal, máxime si se tiene en cuenta que (...) el contrato debería ser cubierto con recursos de sanidad, cuya destinación es específica y su utilización indebida incluso constituiría peculado».

Adicionó que no corresponde al juez constitucional definir lo referente a la presunta existencia de una relación laboral y que la *«acción establecida para el control de los actos administrativos se encuentra en la segunda parte del Código Contencioso Administrativo»* (fls. 40 a 43, cdno. 1).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El *a-quo* accedió al resguardo al considerar que la vinculación *«de la accionante no correspondió someramente a una relación legal y reglamentaria»*, sino que bajo la *«primacía de la realidad en materia laboral»*, al advertir la prestación de un servicio de manera personal, mediando subordinación y una asignación salarial, lo que existió fue un contrato de trabajo, por lo que como la gestora informó en oportunidad su estado de gravidez, siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, no era procedente su desvinculación, pues gozaba de estabilidad laboral reforzada, de donde incuestionable era la viabilidad del amparo.

En consonancia con lo dicho, dispuso que las encausadas **(i)** reintegren a la promotora *«al cargo que venía ocupando o a uno de igual o semejante jerarquía»*, **(ii)** la afilien *«nuevamente (...) al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud»*, y **(iii)** le cancelen *«la indemnización de que*

trata el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo (...),] la licencia de maternidad y los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento de su desvinculación hasta la fecha en que se efectúe su reintegro» (fls. 45 a 54, cdno. 1).

LA IMPUGNACIÓN

La Policía Nacional, a través del Jefe del Área de Sanidad del Tolima, opugnó el referido fallo reiterando los argumentos expuestos en la contestación (fls. 58 a 62, cdno. 1), a los cuales agregó que es imposible cumplirlo «*ya que se ordena reintegrar a la accionante a un cargo inexistente dentro de la planta de personal (...), ya que lo que estaba realizando en la Dirección de Sanidad era cumplir un requisito de servicio social obligatorio*», para el cual es realizada una asignación presupuestal específica, por lo que para aquella reincorporación no existe apropiación alguna que permita efectuarla (fls. 65 a 78, cdno. 1).

También expuso que el amparo no procede porque la intención de la gestora, únicamente, es obtener un reconocimiento económico que no salvaguardar algún derecho fundamental, y no acreditó su incapacidad económica. Además, criticó que el *a-quo* «*fue demasiado amplio en la orden impartida*», al disponer tanto el reintegro como el pago de salarios y demás prestaciones dejadas de percibir, lo que genera un grave detrimento para la Policía Nacional al tener que asumir costos «*que pueden ir más allá de los contemplados en [su] Plan de Compras*», máxime cuando «*la atención integral a que hace referencia el fallo (...) debe entenderse respecto a lo solicitado por el accionante (...) y que se encuentra dentro del Plan de Salud de la Policía*

Nacional y lo que quede por fuera no puede quedar cubierto por esa acción» (fls. 78 a 82, cdno. 1).

Por último, adujo que como corresponde al Estado la obligación de asumir los gastos que demanden las prestaciones excluidas del POS, «*para garantizar el equilibrio financiero y la sostenibilidad de [su] Sistema*», es necesario y viable autorizar el recobro ante el FOSYGA por los costos que implica dar cumplimiento al fallo de primer grado (fls. 82 a 85, cdno. 1).

CONSIDERACIONES

1. Al tenor del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de 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.

2. La queja de la actora radica en que a pesar de que estuvo vinculada como enfermera a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, prestando el servicio social obligatorio, y comunicó a esa entidad, con antelación a la culminación de esa relación, encontrarse en estado de embarazo, fue retirada de su cargo sin atender que por su gravidez gozaba de estabilidad laboral reforzada.

3. En el *sub-judice* lo primero que observa la Corporación es que mediante Resolución Nro. 441 de 31 de julio de 2013, la accionante fue vinculada a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional para realizar el denominado

servicio social obligatorio, en su calidad de enfermera, en la Seccional del Tolima; acto administrativo en el que quedó consignado, acorde con el artículo 6º de la Ley 50 de 1981, que por los servicios prestados le cancelarían «*una asignación básica mensual de acuerdo a la escala salarial fijada por el Gobierno Nacional (...)*» (fls. 16 y 17, cdno. 1).

En virtud de ello, la actora quedó obligada a prestar, personalmente, el servicio de enfermería a tal Dirección, en la dependencia que ésta determinara, bajo las órdenes que sus representantes impartieran para tal efecto, y por ello, como retribución, recibiría una asignación salarial; de donde, claramente, se configuró 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 contractual¹.

En consonancia con lo dicho, respecto al servicio social obligatorio como génesis de una relación laboral, la jurisprudencia constitucional ha sostenido:

¹ **ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES.** <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

*“Para determinar cuando se está ante una relación de trabajo, debe tenerse en cuenta lo prescrito por el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por la ley 50 de 1990, el cual señala los elementos esenciales de una relación de trabajo, así: **(i) que la actividad sea cumplida personalmente por el trabajador, (ii) que exista continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador (...), y (iii) el pago de un salario como retribución del servicio.**”*

Cuando se cumplen los requisitos mencionados anteriormente, se entiende que existe contrato de trabajo, y por lo tanto es irrelevante las calificaciones o denominaciones dadas por las partes, lo cierto es que el contrato de trabajo es una realidad, que supera las formalidades.” (Negrilla fuera del texto).

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 el Servicio Social Obligatorio puede dar lugar a una relación laboral si su prestación satisface las condiciones indicadas, es decir, si la actividad es cumplida personalmente por el profesional de la salud; existe subordinación del trabajador respecto del empleador; y aquel recibe una remuneración por su servicio (CC T/021-11).

4. En adición, sobre la desvinculación laboral de las mujeres que están en los periodos de gestación, parto y lactancia, ha señalado esta Sala, en términos generales, 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'².

“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’³. Subraya la Corte” (CSJ STC, 20 mar. 2013, rad. 2013-00021-01; reiterada en CSJ STC, 20 jun. 2013, rad. 2013-00777-01).

² CSJ STC, 19 ago. 2011, rad. 2011-0176-01; reiterada en STC, 22 may. 2012, rad. 2012-0033-01.

³ CSJ STC, 12 feb. 2002, rad. 2001-0312-01; y 19 ago. 2011, rad. 2011-0176-01.

Y en el caso del epígrafe, de cara a los parámetros referidos en el precedente atrás citado, halla la Corte que: **(a)** la desvinculación de la promotora del cargo de enfermera se produjo durante el curso de su embarazo, esto es, a partir del 1º de agosto de 2014 (fls. 26 a 28 y 33, cdno. 1); **(b)** la gestora, antes de ser desvinculada -14 de julio de 2014-, informó de su estado de gravidez al empleador (fl. 18, cdno. 1); **(c)** la única causa expuesta para la desvinculación fue la culminación del término del servicio social obligatorio; y **(d)** 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 actualmente está desempleada, afirmaciones que no fueron desvirtuadas por el extremo pasivo, el que tenía la carga de probar en contra para controvertir aquellas negaciones indefinidas.

5. En este orden de ideas, existiendo relación laboral e interrupción de la misma durante el embarazo previamente comunicado, que afecta el mínimo vital de la accionante, sin duda el amparo deprecado debía prosperar, como acertadamente lo concluyó el *a-quo*, sin que la culminación del periodo del servicio social obligatorio, derivada de una simple previsión legal, resultara supuesto suficiente para impedir el reconocimiento de la estabilidad reforzada.

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

(...) Esta Sala considera que al no existir autorización del inspector del trabajo ni estar demostrada una razón objetiva que justificara el despido, la señora Mayerling Ramírez Ramírez

podía continuar ejerciendo como enfermera en la entidad demandada.

Si bien las razones en las que se apoya la ESE accionada para terminar la relación laboral, obedecen a que la actora estaba cumpliendo con el servicio social obligatorio, nombrada para un período de seis (6) meses (f. 16 v. cd. inicial), el estado de embarazo de la demandante y su consecuente protección laboral reforzada protegida internacionalmente, está por encima de la previsión puramente legal, por cuanto se trata de salvaguardar no sólo a la mujer gestante, a quien, le será difícil conseguir trabajo y cotizar al sistema de salud para atender sus controles médicos, el parto y su recuperación, sino también al bebé que está por nacer (CC T-105/2011)

6. Por otro lado, la alegación de la pasiva respecto a que la orden de reintegro es de imposible cumplimiento porque no puede designar a la actora en el cargo establecido para el servicio social obligatorio, pues el mismo es de carácter temporal, no es de recibo para la Corporación, toda vez que lo dispuesto en el fallo de primer grado es la vinculación «*al cargo que venía ocupando o a uno de igual o semejante jerarquía*», lo que sin duda permite su nombramiento en cualquier plaza, acorde con su oficio, en la que resulten garantizados los derechos que adquirió como empleada del ente castrense, máxime cuando este no acreditó que el cargo ocupado por la accionante fuera suprimido.

7. Finalmente, sobre la pretensión de la impugnante de que se ordene el recobro al Fosyga, es de anotar que como lo ha precisado esta Sala:

“en tratándose de los Subsistemas de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, al no regirse por la Ley 100 de 1993, la Corte ha señalado que no es procedente ordenar el recobro de lo otorgado por vía de tutela ante el Fosyga, pues éstos tienen ‘los denominados ‘fondos-cuenta’ que funcionan de manera similar al primeramente nombrado y les permite obtener la financiación de los diversos costos en que incurran en la prestación de los servicios de salud al personal adscrito y a los distintos beneficiario” (sentencia de 17 de enero de 2007, exp. 2006-01842-01, criterio reiterado en sentencia de 17 de mayo de 2011, exp. 2011-00376-01, entre otras) (CSJ STC, 6 jun. 2012, rad. 2012-00164-01).

8. Las anteriores razones son suficientes para confirmar el fallo objeto de impugnación.

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, **CONFIRMA** el fallo impugnado.

Comuníquese mediante telegrama a los interesados y remítase el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA