



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS N° 1**

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
Magistrado Ponente

STP16012-2014
Radicación n° 76639

Acta No. 398

Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014)

ASUNTO

Resolver la impugnación interpuesta por el Comandante del BATALLÓN DE SERVICIOS ASPC N° 9 “CACICA GAITANA” de la ciudad de Neiva, respecto del fallo proferido el 1 de octubre del año en curso por la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, por medio del cual tuteló los derechos fundamentales a la protección de la maternidad, seguridad social y mínimo vital de LEIDY VIVIANA SERRATO CUELLAR.

1. ANTECEDENTES

Fueron sintetizados así por el a quo:

“Manifiesta la accionante LEIDY VIVIANA SERRATO CUELLAR, que el 6 de enero de 2014 suscribió contrato de prestación de servicios y apoyo a la gestión No. 50/BAS9/2014” con la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Dirección Nacional de Sanidad Militar, Dirección de Sanidad del Batallón de ASPC No. 9 “CACICA GAITANA” – ESM5176, como auxiliar de enfermería para el Establecimiento de Sanidad Militar No. 5176 de la Novena Brigada con sede en esta ciudad. Agrega que dicho contrato tenía un plazo de ejecución de seis meses, prorrogable hasta el 31 de diciembre de 2014, según se estipuló en la cláusula quinta.

Explica que el 19 de junio de 2014, al practicarse una prueba de embarazo, la misma resultó positiva, razón por la cual el día 24 del mismo mes y año, puso en conocimiento esta situación a la Sargento Olga Beatriz Quintero, adscrita a la Oficina de Control Interno del Establecimiento de Sanidad Militar, y el 25 a su Jefe directa. Sobre el particular, aduce que a pesar de haber intentado entregar unas ecografías practicadas el 28 de junio y el 1º de julio últimos, así como otras certificaciones medicas a través de las cuales se acreditaba su embarazo, tales documentos no fueron recibidos por la aludida sargento.

Sin embargo, aduce que a pesar de su estado de gestación, el 6 de julio de 2014 expiró el plazo de ejecución del contrato de prestación de servicios, sin que el mismo fuera prorrogado hasta el 31 de diciembre de este año, como se había pactado. Refiere que a pesar de ello, se contrató a otra persona que cumpliera las mismas funciones que ella venía desempeñando.

(..)

Al estimar conculcados sus derechos fundamentales del menor que está por nacer, a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad; solicita la señora SERRATO CUELLAR que se ordene a las autoridades accionadas, disponer su reintegro y renovación del contrato de prestación de servicios No. 50/BAS9/2014, en la labor que venía desempeñando, por el tiempo que le queda de embarazo y durante tres meses más. Pide que igualmente se disponga la cancelación de los emolumentos dejados de percibir, desde la fecha de terminación del vínculo contractual, hasta la fecha de reintegro, con todas las prestaciones sociales.”

2. EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal de Neiva concedió el amparo deprecado, tras considerar:

1. Que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la mujer en estado de gestación es sujeto de especial protección constitucional, de tal suerte que se han consagrado garantías para evitar su desvinculación laboral en atención a su condición de gravidez.

2. En el caso particular, se tiene que la actora se enteró de su estado de embarazo a finales del mes de junio del año que avanza y así se lo comunicó a sus superiores, de manera que para el momento de su desvinculación – 6 de julio siguiente – ya se encontraba en gestación. A partir de ello, se infiere que la demandada tenía conocimiento de ello y que por ende, esta fue la razón que originó la no

prórroga del contrato, como quiera que tampoco se obtuvo la autorización de la autoridad respectiva para tal efecto.

3. Adicional a ello, adujo que los precedentes constitucionales enseñan que en el caso de mujeres gestantes vinculadas mediante contratos de prestación de servicios, el juez de tutela debe analizar las circunstancias particulares a fin de determinar si por medio del mismo se oculta una relación laboral, de manera que si se encuentra reunidos los elementos de la misma y se está ante un riesgo inminente de afectación del mínimo vital, puede entrarse a tutelar pese a que ello es un asunto del resorte de los jueces ordinarios.

4. Así y en la medida que las causas del contrato no prorrogado se mantienen, al punto que en su lugar se contrató a otra persona, ordenó *“...a la Dirección de Sanidad Militar del Ejército Nacional, a la Dirección de Sanidad del Batallón de ASPC No. 9 “Cacica Gaitana”-ESM5176 y al Establecimiento de Sanidad Militar No. 5176 de la Novena Brigada con sede en esta ciudad; que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta sentencia, reintegre a la accionante al cargo que venía ocupando o a uno e igual o semejante jerarquía, durante el tiempo que dure la gestación y el período de lactancia; debiendo afiliarla al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, y pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento en el cual debió renovarse el contrato y hasta la fecha en que se efectúe su reintegro.”*

3. LA IMPUGNACIÓN

El Comandante del BATALLÓN DE SERVICIOS ASPC N° 9 “CACICA GAITANA” de Neiva impugnó el fallo y en sustento de su inconformidad, sostuvo:

1. Que se aparta de la aseveración del Tribunal en el sentido que esa institución era concedora de la situación de embarazo de la accionante, toda vez que no obra ningún elemento indicativo de ello. Insiste en que su desvinculación obedeció a otros factores como la indisciplina, ya que del estado de gravidez de aquélla sólo vino a enterarse en virtud del presente trámite constitucional.

2. El a quo desconoció que la vinculación con la accionante se dio a través de un contrato de prestación de servicios, el cual no genera relación laboral y se caracteriza porque es el contratista quien paga los aportes a la seguridad social. Sin embargo, la orden tutelar dispuso que se reintegre a la actora, se le paguen los salarios y prestaciones dejados de percibir y que se le afilie a la seguridad social, lo cual contraviene la normatividad en punto de esa modalidad de contratación.

4. CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido por los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1382 de 2000, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la

impugnación presentada contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

2. El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, o si existe, cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. De conformidad con los artículos 43 y 53 de la Constitución Política, el Estado debe garantizar la protección especial de la mujer en estado de embarazo y después del parto. Así, en el ámbito del trabajo, la protección de la mujer en estado de embarazo constituye uno de los principios mínimos fundamentales que debe orientar las relaciones laborales. Lo anterior en atención a que las normas constitucionales referentes a la protección de la mujer y la maternidad tienen *“la clara finalidad de evitar la discriminación laboral de la cual venían siendo objeto las mujeres en tal estado, por la tendencia de los empleadores a considerar que el embarazo les causaba cargas de orden económico”* (Sentencia T-866 de 2005)

3.1 En el marco de las normas constitucionales aludidas y de los múltiples instrumentos internacionales ratificados por el Estado, el legislador ha establecido de manera precisa las garantías y beneficios que radican en cabeza de la mujer trabajadora en estado de embarazo, durante la época del parto y el período de lactancia. Como desarrollo del derecho a la estabilidad laboral reforzada de estos sujetos de especial protección, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 20 de la Ley 1468 de 2011, dispone:

ARTICULO 239. PROHIBICION DE DESPEDIR.

“1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

3. Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.

4. *En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término”.*

A su vez, el artículo 240 ibídem, establece:

ARTICULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR.

1. *Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario.*

2. *El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.*

3. *Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional*

y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.

De esta forma, la trabajadora que se encuentre en las circunstancias señaladas tiene derecho a conservar su trabajo, toda vez que *“no producirá efecto alguno el despido que el patrono comuniqué a la trabajadora en tales períodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionadas.”*¹

3.2. La Corte Constitucional ha afirmado que esta protección ofrecida por el ordenamiento jurídico colombiano puede equipararse a un *‘fuero de maternidad’*, el cual ha de ser respetado tanto por entidades públicas como privadas, permitiendo a la mujer en gravidez mantener su posición como trabajadora y además percibir ingresos que le permitan solventar sus gastos y los de quien está por nacer, en amparo del mínimo vital.

Al respecto, en providencia SU-070 de 2013, la Corte Constitucional abordó el estudio de la problemática en cuestión y unificó las diferentes posturas existentes en torno al conocimiento de parte del empleador sobre el embarazo de la ex - trabajadora; así como el alcance de la protección en función de la modalidad laboral respectiva.

¹ Artículo 241 Código Sustantivo del Trabajo.

3.3. Sobre el primer aspecto, precisó: “Sobre este punto, como se presentó en apartados precedentes, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha evolucionado considerablemente. En un primer momento, la Corte estableció que se requería una notificación formal del estado de embarazo, como condición indispensable para derivar la protección constitucional reforzada. Mientras que en sentencias recientes, ha afirmado esta Corporación, que no es necesaria la comunicación del embarazo al empleador, para derivar la protección constitucional. En este sentido, las consecuencias jurídicas relacionadas con la comunicación o no del embarazo y las condiciones de dicha comunicación, han sido diferentes a lo largo de la jurisprudencia, por lo que se ocupará la Corte de unificar los criterios en este sentido.

Al respecto, lo primero que debe precisar la Corte, siguiendo la jurisprudencia constitucional y los apartados precedentes de esta sentencia, es que el conocimiento del embarazo de la trabajadora no es requisito para establecer si existe o no protección, sino para determinar el grado de la protección.

40.- Así, el conocimiento del embarazo por parte del empleador da lugar a una protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y por ende en 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”. (Subrayas de la Sala).

3.4. Respecto al segundo, la Corte hizo alusión a los diferentes tipos de vinculación laboral que se pueden dar y las eventualidades que pueden ocurrir en cada una, ya que en cada caso la protección a dispensar puede variar. Así, en

el caso de las mujeres vinculadas mediante contrato de prestación de servicios, sostuvo:

“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. Asimismo, 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”.

3.5. Que es precisamente lo que ocurre en el asunto *sub examine*, en el cual como acertadamente lo refirió el a quo, se encuentran reunidos los elementos de la relación laboral entre la institución accionada y la demandante, esto es, el salario, la subordinación o dependencia y la prestación personal del servicio. Así, obran en el plenario elementos que dan cuenta de los mismos, concretamente, certificaciones sobre el salario devengado por la quejosa, requerimientos que se le hicieron para que diera respuesta a las quejas de los usuarios en su contra y documentos que dan cuenta de los llamados de atención que se le hicieron por llegar a tarde a cumplir con sus funciones.

3.6. Así las cosas y encontrando que bajo el contrato de prestación de servicios en realidad se presentaba una relación laboral entre los aquí involucrados, las reglas a

aplicar en el caso particular son las definidas para la mujer embarazada con contrato a término fijo. Las mismas fueron precisadas por la Corte en la misma decisión:

“Cuando el empleador conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan dos situaciones: 1 Si la desvincula 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 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 CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación. Si la desvincula 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. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T. Cuando el empleador NO conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan tres alternativas: Si la desvincula antes del vencimiento del

contrato, sin alegar justa causa: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Adicionalmente se puede ordenar por el juez de tutela que se paguen las indemnizaciones por despido sin justa causa. Si la desvincula antes del vencimiento del contrato PERO alega justa causa distinta a la modalidad del contrato: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa casusa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral. Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando esto como una justa causa: En este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. En este caso no procede el pago de los salarios dejados de percibir, porque se entiende que el contrato inicialmente pactado ya había terminado. (Subrayas de la Sala).

4. Corresponde entonces dilucidar si la institución castrense conoció del estado de embarazo de la peticionaria, quien adujo habérselo referido a sus superiores los días 24 y 25 de junio del año en curso, mientras que ello es negado por la institución, al punto que sostiene haberse enterado de ello únicamente en virtud del presente trámite. A juicio de la Sala, la accionada sí tuvo conocimiento del estado de gravidez, y ello se desprende del hecho que el 28 de junio siguiente a la accionante se le practicó una ecografía transvaginal que dio cuenta de su embarazo de 5.4 semanas, y fue objeto de incapacidad por tres días ante una

amenaza de aborto². Al momento de dar respuesta al libelo, la demandada adujo no constarle lo anterior, pero sí aceptó lo relativo a la incapacidad.

4.1. De lo anterior se desprende que el Batallón de Servicios ASPC N° 9 “Cacica Gaitana” conoció la incapacidad otorgada a la quejosa y a partir de ello, de su estado de gravidez. Con fundamento en lo anterior y según las pautas jurisprudenciales expuestas con anterioridad, las reglas a aplicar son las relativas a la mujer embarazada con un contrato a término fijo, bajo la eventualidad en la cual su empleador ha conocido de su estado de gestación. En el caso concreto, se tiene que el empleador aguardó a la terminación del contrato y alegó una justa causa para no prorrogarlo, caso en el cual debió proceder, antes del vencimiento, a obtener la autorización del inspector de trabajo a fin de determinar la subsistencia de las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral.

4.2. Como ya es conocido, la institución accionada no concurrió ante dicha autoridad, mientras que resulta claro que las causas que originaron el contrato permanecen en tanto se vinculó a otra persona para desempeñar las mismas funciones; de manera que la solución jurisprudencialmente definida es la siguiente: *“Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo*

² Folio 24

no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T.”

4.3. Así las cosas, para la Sala es claro que el amparo otorgado deviene acertado, en tanto ordenó el reintegro de la accionante al cargo que venía ocupando o a uno de igual o semejante jerarquía, durante el tiempo que dure la gestación y el período de lactancia; con la correspondiente afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, así como el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento en el cual debió renovarse el contrato y hasta la fecha en que se efectúe su reintegro.

5. Finalmente, en respuesta al reparo del censor, estima la Sala que la orden para que la accionante sea afiliada a la seguridad social no resulta un despropósito, en tanto se reitera, competía al juez constitucional verificar si en el caso estudiado el contrato de prestación de servicios ocultaba una relación de trabajo, habiéndose arribado a una conclusión positiva, de manera que se trata de una consecuencia derivada de ello.

Por consiguiente, el fallo impugnado será confirmado, según se anunció en precedencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutela, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR integralmente el fallo recurrido.

Segundo.- NOTIFICAR esta decisión de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991.

Tercero.- REMITIR el diligenciamiento a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria