Sentencia T-030/18

Referencia: Acciones de tutela interpuestas por: la señora Ana Hidalit Mondragón Cárdenas contra la Cafetería Restaurante La Mona (expediente T-6.402.183); la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez contra la sociedad HSEQ Multiservicios de la Sabana S.A.S. (expediente T-6.421.433); la señora Ayda Yadira Forero Cuta contra la Gobernación del Casanare (expediente T-6.425.691); y la señora Olga Milena Briches Corrales contra el señor Mario Alfonso Escobar Izquierdo, director del programa radial "El Corrillo de Mao" (expediente T-6.408.988).

Magistrado Ponente:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alberto Rojas Ríos, Carlos Libardo Bernal Pulido y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto-Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los siguientes fallos de tutela: *(i)* en el **expediente T-6.402.183**, en primera instancia por el Juzgado Decimotercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín el 5 de mayo de 2017, y en segunda instancia, por el Juzgado Décimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la misma ciudad el 14 de junio de 2017, dentro del proceso de tutela iniciado por Ana Hidalit Mondragón Cárdenas contra la "Cafetería Restaurante La Mona"; *(ii)* en el **expediente T-6.421.433**, en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Zipaquirá el 16 de junio de 2017, y en segunda instancia, por el Juzgado Laboral del Circuito de la misma ciudad el 27 de julio 2017, dentro del proceso de tutela iniciado por Jessica Magerly Santana Rodríguez contra la sociedad HSEQ Multiservicios de la Sabana S.A.S.; *(iii)* en el **expediente T-6.425.691**, en primera instancia por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Yopal el 3 de marzo de 2017, y en segunda instancia, por Sala Única de

Decisión del Tribunal de Distrito Judicial de Yopal el 25 de abril de 2017, dentro del proceso de tutela iniciado por Ayda Yadira Forero Cuta contra la Gobernación del Casanare; y *(iv)* en el **expediente T-6.408.988**, en primera instancia por el Juzgado Veintiocho Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Santiago de Cali el 17 de marzo de 2017, y en segunda instancia, por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Santiago de Cali el 2 de mayo de 2017, dentro del proceso de tutela iniciado por Olga Milena Briches Corrales contra el señor Mario Alfonso Escobar Izquierdo, director del programa radial "El Corrillo de Mao".

I. ACUMULACIÓN DE EXPEDIENTES

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política y el artículo 33 del Decreto-Ley Ley 2591 de 1991, mediante auto del 27 de octubre de 2017, la Sala de Selección Número Diez de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Diana Fajardo Rivera y Antonio José Lizarazo Ocampo, decidió seleccionar para revisión y acumular por presentar unidad de materia, los fallos de tutela correspondientes a los expedientes T-6.402.183, T-6.421.433, T-6.425.691 y T-6.408.988.

Los criterios para selección de los señalados expedientes fueron:

i) Objetivo: Desconocimiento de un precedente judicial.
ii) Subjetivo: Urgencia de proteger un derecho fundamental.

II. ANTECEDENTES

1. Expediente T-6.402.183

1.1 Hechos y Pretensiones

1.1.1 La señora Ana Hidalit Mondragón Cárdenas, refirió que el 17 de septiembre de 2016, se vinculó laboralmente a través de contrato verbal a término indefinido con la Cafetería Restaurante La Mona, para desarrollar *"Oficios varios"*[1].

1.1.2 Expresó la accionante, que el 12 de diciembre de 2016, tuvo conocimiento de su estado de embarazo, situación que informó de manera inmediata a su empleadora, la señora Uldrey Margarita Loaiza Vega, quien le manifestó que *"en estado de gestación se convertiría en un problema para el restaurante"*[2].

1.1.3 Indicó que en el mes de febrero de 2017, fue despedida sin existir una causal objetiva para la terminación del contrato y sin mediar autorización del Ministerio del Trabajo.

[1] Folio 1 del cuaderno de instancia.
[2] Folio 1 del cuaderno de instancia.

1.1.4 Señaló que durante el término de la relación laboral, su empleadora no la afilió al Sistema General de Seguridad Social en Salud y que se encuentra gravemente amenazado su mínimo vital y el de su familia, toda vez que su salario constituía su fuente de ingresos más importante.

1.1.5 Finalmente, expuso que su situación económica es tan precaria, que su núcleo familiar, conformado por dos adolescentes y su cónyuge, cohabita en un único dormitorio arrendado por la señora Uldrey Margarita Loaiza Vega, su antigua empleadora.

1.1.6 Por lo anterior, la señora Ana Hidalit Mondragón Cárdenas promovió acción de tutela contra la Cafetería Restaurante La Mona, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, y en consecuencia, solicitó se ordene a la accionada:

(i) Reintegrarla a un cargo de igual o de mayor jerarquía al que venía desempeñando al momento del despido.
(ii) Realizar el pago de las sumas dejadas de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales.
(iii) Prevenir a la Personería de Medellín o a la Defensoría del Pueblo, para que realicen el seguimiento y la vigilancia del efectivo cumplimiento del fallo de tutela que se llegare a proferir.

1.2 Contestación a la acción de tutela

El 21 de abril de 2017, el Juzgado Decimotercero Penal Municipal de Medellín, admitió la acción de tutela y corrió traslado al establecimiento accionado, para que ejerciera su derecho de defensa.

En escrito radicado el 2 de mayo de 2017, la señora Uldrey Margarita Loaiza Vega respondió que entre la Cafetería Restaurante La Mona y la señora Mondragón Cárdenas efectivamente existió un contrato de trabajo verbal que inició el 21 de septiembre de 2016 en período de prueba y que terminó el 20 de noviembre de 2016 debido a que la accionante presentó mal comportamiento con los clientes del establecimiento y sus compañeros de trabajo y en múltiples oportunidades se ausentó injustificadamente de sus labores.

Sin hacer mención expresa a los extremos contractuales, indicó que nuevamente contrató a la señora Ana Hidalit Mondragón Cárdenas, pero bajo unas condiciones laborales diferentes, toda vez que *"se le paga[ría] por horas laboradas, reemplazos o por eventos, sin posibilidad de contratación directa,"*[3] sin embargo, el vínculo también terminó como consecuencia del reiterado mal comportamiento de la solicitante.

[3] Ibídem.

Agregó que su empleada nunca le comunicó su estado de gestación y que en todo caso, inició su embarazo en los últimos días del mes de noviembre de 2016, momento en el cual, su relación laboral era diferente a la inicialmente pactada; por último, refirió que cuando la accionante terminó el señalado período de prueba, el restaurante le canceló la suma de $200.000 pesos, por concepto de "liquidación".

1.3 Pruebas relevantes que obran en el expediente

1.3.1 Copia de la historia clínica materno-perinatal de la señora Ana Hidalit Mondragón Cárdenas (folio 7 del cuaderno de instancia).

1.3.2 Copia del examen médico de embarazo realizado el 1º de febrero de 2017 a la señora Ana Hidalit Mondragón Cárdenas, en el cual se reporta como conclusión *"[e]mbarazo de 10 semanas y 5 días por longitud cráneo caudal, con vitalidad"* (folio 8 del cuaderno de instancia).

1.3.3 Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Ana Hidalit Mondragón Cárdenas (folio 9 del cuaderno de instancia).

1.3.4 Copia de los cuadernos de contabilidad de la señora Uldrey Margarita Loaiza Vega (folios 24 al 53 del cuaderno de instancia).

1.3.5 Copia certificado de Cámara y Comercio del Restaurante Cafetería La Mona (folios 54 y 55 del cuaderno de instancia).

1.4 Decisiones judiciales que se revisan

1.4.1 Primera Instancia

El 5 de mayo de 2017, el Juzgado Decimotercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín negó la protección de los derechos fundamentales invocados, al considerar que no se acreditó un acto de discriminación contra la señora Ana Hidalit Mondragón Cárdenas. Para llegar a la anterior conclusión, determinó que entre la trabajadora y la Cafetería Restaurante La Mona concurrió un contrato por obra o labor determinada y, toda vez que no se demostró que subsistían las causas del contrato, ni que la empresaria conocía el estado de gravidez de su empleada, era improcedente prodigar la protección constitucional reclamada.

1.4.2 Impugnación

La señora Mondragón Cárdenas formuló su desacuerdo con la decisión de primera instancia, al reiterar que su relación laboral con la Cafetería Restaurante La Mona, obedeció a un contrato a término indefinido y no a uno por obra o labor determinada.

A la par, señaló que su empleadora no demostró que le hubiese cancelado la liquidación que menciona, como tampoco acreditó los referidos malos

comportamientos, ni las suspensiones o llamados de atención. Por último, insistió en que dio a conocer su estado de gestación a su empleadora.

1.4.3 Sentencia de Segunda Instancia

El 14 de junio de 2017, el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín con Función de Conocimiento, resolvió confirmar el fallo recurrido, pero por razones diferentes a las esbozadas en primera instancia. Consideró que en el expediente no se encontraban probados los elementos que permitieran inferir la existencia de un contrato laboral, esto es, la subordinación, la prestación personal del servicio y la remuneración salarial.

2. Expediente T-6.421.433

2.1 Hechos y Pretensiones

2.1.1 Manifestó la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez que el día 1º de diciembre de 2016, se vinculó a través de contrato laboral a término indefinido con la sociedad HSEQ Multiservicios de la Sabana S.A.S., para desempeñar el cargo de asesora.

2.1.2 Señaló que el gerente de la empresa accionada, conoció su estado de gestación desde el inicio de su relación laboral y que a pesar de lo anterior, desde el 1º de marzo de 2017, la asociación se abstuvo de realizar las respectivas cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2.1.3 Expresó que el 15 de abril de 2017 terminó su contrato laboral, toda vez que sin justificación aparente y sin previo aviso, la compañía cesó labores y cerró sus instalaciones.

2.1.4 Igualmente, indicó que su remuneración constituía su única fuente de ingresos, por lo que la terminación del contrato amenaza gravemente su mínimo vital.

2.1.5 Por último, refirió que no se solicitó permiso a la autoridad del trabajo para dar por terminado el vínculo laboral.

2.1.6 Por lo anterior, la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez promovió acción de tutela contra la empresa HSEQ Multiservicios de la Sabana S.A.S., en procura de obtener la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de gestación, al trabajo, a la vida, a la seguridad social y a la dignidad humana y en consecuencia, solicitó que se ordene a la accionada:

i) Realizar el pago de 18 semanas de descanso remunerado y la indemnización de 60 días de salario establecida en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo.

ii) Cancelar la indemnización por despido sin justa causa contemplada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y la prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
iii) Efectuar el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social integral, a partir del 1º de enero de 2017.

2.2 Contestación a la acción de tutela

El 5 de junio de 2017, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Zipaquirá, admitió la acción de tutela y corrió traslado a la entidad demandada para que ejerciera su derecho de defensa. En ese mismo proveído, se resolvió vincular a la E.P.S. Famisanar Ltda.,[4] y recibir declaración bajo la gravedad del juramento a la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez.[5]

2.2.1 HSEQ Multiservicios de la Sabana S.A.S.

A pesar de haber sido notificada de la actuación judicial que se adelanta en su contra, la accionada guardó silencio frente a los hechos y las pretensiones fundamento de la presente acción de tutela.

2.2.2 E.P.S. Famisanar Ltda.

El Director Regional de la entidad descorrió el traslado de la acción de tutela, al señalar que la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez, desde el mes de abril de 2017 se encuentra vinculada a la E.P.S. en calidad de beneficiaria con UPC adicional de Leonilde Bernal de Rodríguez.

Indicó que a la accionante se le ha autorizado y suministrado toda la atención en salud requerida, por lo cual no existe amenaza ni vulneración de los derechos fundamentales alegados en la acción.

2.3 Pruebas relevantes que obran en el expediente

2.3.1 Copia de la historia clínica de la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez (folios 9 a 14 del cuaderno de instancia).

2.3.2 Copia de la información de afiliación a la E.P.S. Famisanar Ltda., de la señora Jesica Magerly Santana Rodríguez (folio 14 del cuaderno de instancia).

2.3.3 Copia del Estado de Cuenta Individual de la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez ante la E.P.S. Famisanar Ltda. (folio 16 del cuaderno de instancia).

2.3.4 Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez (folio 18 del cuaderno de instancia).

[4] Folio 21 del cuaderno de instancia.
[5] Folios 23 a 25 del cuaderno de instancia. La declaración se recibió el 5 de junio de 2017.

2.3.5 Certificado de Existencia y Representación Legal de HSEQ Multiservicios de la Sabana S.A.S., (folios 32 al 34 del cuaderno de instancia).

2.3.6 Certificación de entrega con cotejo, expedida por Pronto Envíos Mensajería Expresa, de liquidación de prestaciones sociales remitida el 18 de mayo de 2017 por la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez al señor César Mauricio Nieves Torres (folio 34 del cuaderno de instancia).

2.3.7 Copia de liquidación de prestaciones sociales remitida por la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez a la empresa HSEQ Multiservicios de la Sabana S.A.S. (folios 35 a 36 del cuaderno de instancia).

2.3.8 Copia certificación emitida por el señor César Mauricio Nieves Torres, en calidad de Director Técnico de la empresa HSEQ Multiservicios de la Sabana S.A.S., en la que hace constar que la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez laboró para la entidad desde el 1° de diciembre de 2016 hasta el 7 de abril de 2017 (folio 17 del cuaderno de instancia).

2.3.9 Declaración rendida bajo la gravedad del juramento por la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez, el 5 de junio de 2017[6] (folios 23 a 25 del cuaderno de instancia).

2.4 Decisiones judiciales que se revisan

2.4.1 Primera instancia

El 16 de junio de 2017, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Zipaquirá, declaró la improcedencia de la acción de tutela, al considerar que no es el mecanismo judicial idóneo para resolver la presente controversia. Adicionalmente, señaló que no se acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable, y que toda vez que las pretensiones de la acción procuran obtener el reintegro laboral y el pago de liquidaciones y prestaciones sociales, es preciso que la señora Santana Rodríguez acuda a la justicia ordinaria laboral, para solucionar de fondo la discusión planteada. Por último, ordenó la desvinculación de la E.P.S. Famisanar del trámite de tutela.

2.4.2 Impugnación

Inconforme con la decisión, la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez, impugnó el fallo de primera instancia, consideró que en efecto en su caso se

[6] A continuación se reseña las manifestaciones realizadas por la señora Santana Rodríguez en la referida declaración bajo la gravedad del juramento. En primer lugar indicó que trabajó para la empresa Multiservicios de la Sabana desde el 1º de diciembre de 2016, hasta el 7 de abril de 2017, y que fue contratada para el cargo de asesora y consultora, que su horario era de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. y su salario $25.000 por día. Además explicó que al inicio del contrato fue vinculada a la E.P.S., al fondo de pensiones y a la A.R.L., sin embargo, durante el años 2017 no realizaron los correspondientes aportes. Señaló que cuando inició labores tenía 11 semanas de embarazo, y que dicha situación le fue notificada a su empleador. Adicionó que cuenta con servicio de salud porque se encontraba como beneficiaria de su abuela, y frente a su capacidad económica expresó no contaba con ningún familiar que pudiera ayudarle con sus gastos. Finalmente, señaló que a la fecha de interposición de la tutela no había acudido a la jurisdicción ordinaria laboral y que la entidad accionada le adeuda los dineros correspondientes a la liquidación del contrato laboral.

había configurado un perjuicio irremediable, ya que al haber sido terminado su vínculo laboral, no contaba con ningún otro medio de subsistencia tanto para ella, como para su hijo. Así las cosas, solicitó revocar el fallo de primera instancia, y en su lugar, se ordene su reintegro, o el pago de las indemnizaciones contempladas en los artículos 239 y 240 del C.S.T.

2.4.3 Segunda instancia

En fallo del 27 de julio de 2017, el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá, decidió confirmar la sentencia primigenia bajo la consideración de que la accionante no solicitó el reintegro a sus labores, sino el pago de las indemnizaciones correspondientes, por lo cual, debía acudir a los mecanismos ordinarios de defensa para resolver la controversia planteada en la acción de tutela.

3. Expediente T-6.425.691

3.1 Hechos expuestos por la accionante

3.1.1 Expuso la señora Ayda Yadira Forero Cuta, que el 10 de octubre de 2016 suscribió contrato de prestación de servicios con la Gobernación del Casanare.[7]

3.1.2 Señaló que el 22 de diciembre de 2016 notificó por escrito su estado de gestación a su jefe inmediato.

3.1.3 Refirió que el 29 de diciembre de 2016, el contrato de prestación de servicios se liquidó por expiración del término y ejecución del objeto contractual.

3.1.4 Manifestó que desde la fecha arriba indicada, presentó múltiples requerimientos a la Secretaría de Agricultura Departamental del Casanare, con el propósito de que se le protegiera su derecho a la estabilidad laboral reforzada.

3.1.5 Precisó que la mayoría del personal contratista, efectivamente suscribió nuevo contrato de prestación de servicios con la Gobernación del Casanare.

3.1.6 Por lo anterior, la señora Ayda Yadira Forero Cuta promovió acción de tutela contra la Gobernación del Casanare, en procura de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la salud, al mínimo vital y móvil, a la seguridad social, al trabajo, a la familia, a la protección del menor, a la vida digna y a la igualdad, presuntamente vulnerados por la accionada, y en consecuencia, solicitó ordenar:

[7] Cuyo objeto radicaba en "Realizar la identificación y análisis técnico de los componentes físico, biótico y socioeconómico mediante la metodología propuesta en la Guía Técnica para la Restauración de los Ecosistemas en Colombia, como acciones fundamentales para el proceso siguiente a la restauración ecológica del predio barital municipio de Paz de Ariporo, del Departamento del Casanare".

i) Realizar el reintegro a un cargo equivalente al que venía desarrollando al momento de la liquidación del contrato.
ii) Cancelar los salarios dejados de percibir y prestaciones sociales desde el 30 de diciembre de 2016 hasta el día en que sea nuevamente vinculada.
iii) Exhortar a la entidad territorial, que cumpla con lo señalado en el artículo 238 del C.S.T., en relación con la protección laboral reforzada después del parto.

3.2 Oposición a la acción de tutela

El 20 de febrero de 2017, el Juzgado Decimotercero Penal Municipal de Medellín, admitió la acción de tutela y corrió traslado a la entidad territorial, para que ejerciera su derecho de defensa.

El 22 de febrero de 2017, la Gobernación del Casanare presentó oposición a los hechos y a las pretensiones de la acción de tutela: señaló que el contrato suscrito con la señora Ayda Yadira Forero Cuta, es de índole civil y no laboral, y agregó que el objeto del mismo ya se extinguió, toda vez que el proyecto para el cual prestaba sus servicios, culminó. Así las cosas, argumentó que la entidad territorial no se encontraba en la obligación de renovar el vínculo con la accionante.

3.3 Pruebas relevantes que obran en el expediente

3.3.1 Copia del contrato número 1417 del 10 de octubre de 2016, suscrito entre la señora Ayda Yadira Forero Cuta y la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (folios 7 a 10 del cuaderno de primera instancia).

3.3.2 Copia del acta de inicio del contrato de prestación de servicios profesionales No. 1470, suscrita el 10 de octubre de 2016, entre la señora Ayda Yadira Forero Cuta y la Gobernación del Casanare (folio 11 del cuaderno de primera instancia).

3.3.3 Copia de la notificación de embarazo, efectuada el 23 de diciembre de 2016 por la señora Ayda Yadira Forero Cuta, dirigida a la Dirección Técnica de Medio Ambiente de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente de la Gobernación del Casanare (folio 13 del cuaderno de primera instancia).

3.3.4 Copia prueba inmunológica de embarazo realizada el 7 de diciembre de 2016 a la señora Ayda Yadira Forero Cuta (folio 14 del cuaderno de primera instancia).

3.3.5 Copia resultados de ecografía obstétrica, realizada a la señora Ayda Yadira Forero Cuta el 15 de diciembre de 2016 (folio 18 del cuaderno de primera instancia).

3.3.6 Copia historia clínica de la señora Ayda Yadira Forero Cuta, del 26 de enero de 2017 (folios 16 y 17 del cuaderno de primera instancia).

3.3.7 Copia autorización de pago del contrato de prestación de servicios suscrito entre la accionante y la Gobernación del Casanare (folios 19 y 20 del cuaderno de primera instancia).

3.3.8 Declaración bajo la gravedad de juramento rendida por la señora Ayda Yadira Forero Cuta, el 3 de marzo de 2017 (folio 69 del cuaderno de primera instancia).

3.3.9 Copia del contrato número 0416 del 17 de febrero de 2017, suscrito entre el señor Cristian Rodríguez Carvajal y la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (folios 117 a 120 del cuaderno de primera instancia).

3.3.10 Copia del contrato número 0432 del 21 de febrero de 2017, suscrito entre el señor Freddy Antonio Chacón Peña y la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (folios 121 a 124 del cuaderno de primera instancia).

3.3.11 Copia del contrato número 0450 del 22 de febrero de 2017, suscrito entre la señora Yunet Patricia Roa Benítez y la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (folios 125 a 128 del cuaderno de primera instancia).

3.3.12 Copia del contrato número 0541 del 2 de marzo de 2017, suscrito entre la señora Arelys Yecenia Torres Bocanegra y la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (folios 129 a 132 del cuaderno de primera instancia).

3.4 Decisiones judiciales que se revisan

3.4.1 Primera Instancia

El 3 de marzo de 2017, el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Yopal, resolvió amparar los derechos fundamentales de la señora Forero Cuta y ordenó a la accionada renovar la relación laboral hasta por el término de los 4 meses posteriores al parto; lo anterior en razón a que advirtió que el contrato de prestación de servicios suscrito entre la accionante y la Gobernación del Casanare, ocultaba una verdadera relación laboral, toda vez que la señora Forero Cuta recibía órdenes, se le cancelaba una remuneración y no podía delegar la obra encomendada.

3.4.2 Impugnación

i) El 8 de marzo de 2017, la accionante impugnó la decisión tras exponer que el juez de primera instancia guardó silencio frente a las pretensiones del pago

de salarios y prestaciones sociales, durante el lapso de tiempo que estuvo desvinculada de su actividad profesional. [8]

ii) El 9 de marzo de 2017, la Gobernación del Casanare también presentó impugnación del fallo de tutela, fundamentó su inconformidad en los siguientes aspectos: *(i)* la accionante se encontraba vinculada a través de un contrato de prestación de servicios profesionales; *(ii)* no se demostró el perjuicio irremediable; y *(iii)* se desconoció el régimen de contratación estatal.

3.4.3 Segunda Instancia

El 25 de abril de 2017, la Sala Única de Decisión del Tribunal de Distrito Judicial de Yopal, revocó la sentencia rebatida; expuso que no se apreciaban los requisitos para predicar la existencia de una relación laboral, específicamente la subordinación; así mismo, consideró que al haberse extinguido el objeto contractual, la Gobernación del Casanare se encontraba habilitada para terminar el vínculo con la accionante.

4. Expediente T-6.408.988

4.1 Hechos expuestos por la accionante

4.1.1 La señora Olga Milena Corrales Briches, manifestó que el 14 de enero de 2013, inició labores en el programa radial "El Corrillo de Mao", dirigido por el señor Mario Alfonso Escobar Izquierdo.

4.1.2 Explicó que cumplía con horario de trabajo establecido de 7:30 a.m. a 8:30 a.m. y de 11:00 a.m. a 2:00 p.m., y que ocasionalmente, cuando se presentaban encuentros deportivos de los equipos América de Cali y Deportivo Cali, debía trasladarse hasta los estadios para realizar la transmisión radial.

4.1.3 Señaló que como remuneración, se le asignaron dos cuñas publicitarias de 30 segundos, por un valor promedio de $1.000.000 cada una.

4.1.4 Expresó que el día 1° de febrero de 2016, le informó a su empleador Mario Alfonso Escobar Izquierdo que se encontraba en embarazo y solicitó una licencia por el término de 2 meses, por ser el mismo de alto riesgo.

4.1.5 Refirió que el día 3 de octubre de 2016, el señor Mario Alfonso Escobar le pidió que no regresara al programa radial y le retiró los dos cupos publicitarios, los cuales constituían su mínimo vital.

4.1.6 Finalmente, la señora Olga Milena Briches Corrales, promovió acción en contra del señor Mario Alfonso Escobar Izquierdo, en procura de obtener la

[8] En la misma fecha y hora, y con fundamento en los mismos argumentos, la accionante radicó en el juzgado de primera instancia, solicitud de adición del fallo de tutela. Cfr. folio 88 y ss. del cuaderno de primera instancia. Por su parte, el a quo consideró que el juez de segunda instancia era el competente para referirse a la solicitud de adición, presentada por la accionante.

protección de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en embarazo, al trabajo, a la dignidad humana, a la seguridad social, y al debido proceso, y en consecuencia, solicitó se ordene al accionado:

i) Reintegrarla al programa radial "El Corrillo de Mao" en iguales o mejores condiciones a las que se encontraba antes del despido.
ii) Realizar su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y al Sistema Riesgos Profesionales.
iii) Efectuar el pago de los salarios dejados de percibir hasta el momento que se produzca el reintegro.
iv) Cancelarle la licencia de maternidad.

4.2 Oposición a la acción de tutela

El 8 de marzo de 2017, el Juzgado Veintiocho Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Santiago de Cali, admitió la acción de tutela y vinculó al trámite al Ministerio de Trabajo, a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud E.P.S. S.O.S., y al Representante Legal de la empresa Acertar Publicidad Ltda.[9]

4.2.1 Red Sonora Radio S.A.S.

El 12 de mayo de 2017, a través de su representante legal indicó que la señora Olga Milena Briches Corrales no tiene ni ha tenido ningún vínculo contractual con la entidad que representa, ni con la emisora "La Máxima 89.1", pues únicamente suscribió un contrato de arrendamiento con Acertar Publicidad Ltda., por medio del cual se cede un espacio radial de 11 a.m. a 2 p.m., para la transmisión del programa deportivo "El Corrillo de Mao" y donde el señor Mario Alfonso Escobar actúa como deudor solidario.

Expresó que la cláusula 6° del referido convenio señala que la empresa Acertar Publicidad Ltda., se obligaba a que la transmisión del programa sería realizada con profesionales de la radio, quienes directamente estarían vinculados a la entidad contratista (Acertar Publicidad Ltda.), sin que ello representara un nexo contractual con la entidad contratante (Red Sonora Radio S.A.S.).

4.2.2 Sr. Mario Alfonso Escobar Izquierdo

El 15 de mayo de 2017, explicó que el vínculo con la señora Olga Milena Briches Corrales obedecía a una contrato de prestación de servicios profesionales y que por tal razón estaba autorizada para comercializar hasta

[9] Mediante auto del 2 de mayo de 2017, el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Santiago de Cali, declaró la nulidad de todo lo actuado en sede de primera instancia, tras considerar que el extremo pasivo de la *litis* debía ser integrado necesariamente con la sociedad Beatpro Colombia S.A.S., la E.S.E. Emssanar, el Fosyga y las emisora Red Sonora y La Máxima de la ciudad de Cali. Adicionalmente, ordenó comunicar las actuaciones a la E.P.S. S.O.S., pues si bien, fue vinculada a la acción de tutela, no fue notificada de ninguno de los actos procesales adelantados en el trámite constitucional. En consecuencia, el 8 de mayo de 2017, el Juzgado 28 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Santiago de Cali, admitió nuevamente la acción de tutela, siguiendo las directrices impartidas por el superior funcional.

dos cuñas publicitarias, las cuales eran tramitadas, facturadas y recaudadas de manera directa y para exclusivo beneficio de la accionante.

4.3 Pruebas Relevantes que obran en el expediente

4.3.1 Poder conferido por la señora Olga Milena Briches Corrales al señor Víctor Manuel Palacios Echeverri (folio 8 del cuaderno de instancia).

4.3.2 Declaración extraprocesal bajo juramento, realizada por la señora Daissy Torres Carmona, el 2 de marzo de 2017 (folio 10 del cuaderno de instancia).

4.3.3 Declaración extraprocesal bajo juramento, realizada por el señor Yeison Castillo Granobles, el 2 de marzo de 2017 (folio 11 del cuaderno de instancia).

4.3.4 Copia del derecho de petición dirigido por la señora Olga Milena Briches Corrales, al programa radial "El Corrillo de Mao", el 18 de enero de 2017, mediante el cual solicita el respeto a su estabilidad laboral reforzada y la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud (folio 12 del cuaderno de instancia).

4.3.5 Copia de la respuesta al derecho de petición remitida por el señor Mario Alfonso Escobar Izquierdo a la accionante, en la cual indica que no existió contrato laboral sino de prestación de servicios profesionales (folio 14 del cuaderno de instancia).

4.3.6 Copia de la historia clínica de la señora Olga Milena Briches Corrales, del 17 de enero de 2017 (folios 19 a 22 del cuaderno de instancia).

4.3.7 Copia de la certificación emitida por el señor Mario Alfonso Escobar Izquierdo, como Director del Corrillo de Mao (folio 23 del cuaderno de instancia).

4.3.8 Copia contrato de prestación de servicios profesionales independientes, suscrito entre la empresa Beat pro Colombia S.A.S. y la señora Olga Milena Briches Corrales (folio 28 del cuaderno de instancia).

4.3.9 Cd contentivo de fotos y grabaciones de las alocuciones radiales de la señora Olga Milena Briches Corrales, en el programa radial "El Corrillo de Mao", realizadas entre los días 11 y 16 de agosto de 2016.

4.3.10 Certificado de existencia y representación legal de la sociedad Acertar Publicidad Ltda., (folios 41 y 42 del cuaderno de instancia).

4.3.11 Declaración Extrajuicio rendida por el señor Reinaldo Barco Añasco, el día 28 de marzo de 2017 (folio 54 del cuaderno de instancia).

4.3.12 Declaración Extrajuicio rendida por el señor Edison de Jesús Troncoso Olivo, el día 28 de marzo de 2017 (folio 55 del cuaderno de instancia).

4.3.13 Declaración Extrajuicio rendida por el señor Rodrigo Roldán Pizarro, el día 28 de marzo de 2017 (folio 56 del cuaderno de instancia).

4.3.14 Copia del contrato de arrendamiento suscrito entre la empresa Acertar Ltda.; y la emisora Red Sonora S.A.S. (folios 116 a 118 del cuaderno de instancia).

4.3.15 Declaración Extrajuicio rendida por la señora Clemencia Franco Cárdenas, el día 13 de mayo de 2017 (folio 129 del cuaderno de instancia).

4.4 Decisiones judiciales que se revisan

4.4.1 Fallo de primera instancia

El 22 de mayo de 2017, el Juzgado Veintiocho Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Santiago de Cali, determinó que efectivamente existía vulneración de los derechos fundamentales de la señora Olga Milena Briches Corrales, ya que el accionado Mario Alfonso Escobar Izquierdo desconoció el estado de gravidez de la accionante al dar por terminado su vínculo contractual. Consecuentemente, ordenó tutelar transitoriamente los derechos fundamentales de la señora Briches Corrales, supeditado a que dentro de los 4 meses siguientes a la notificación de la providencia, acudiera a la jurisdicción ordinaria con el fin de dilucidar de manera definitiva la existencia del vínculo laboral: Así mismo, ordenó al señor Mario Alfonso Escobar Izquierdo y a la empresa Acertar Ltda., el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el 3 de octubre de 2016, así como hacer efectivo el reintegro de la señora Olga Milena Briches Corrales a un cargo igual o equivalente al que venía desempeñando.

4.4.2 Impugnación

i) La señora Rocío Librada Medina Lizalda, en calidad de representante legal de la sociedad Acertar Publicidad Ltda., expresó su inconformidad con la decisión de primera instancia, al señalar que dentro del proceso constitucional no se acreditaron las bases fácticas para inferir una relación laboral entre la accionante y la sociedad que representa, pues no se determinaron los extremos temporales del vínculo, la cuantificación de la remuneración, ni el elemento de la subordinación.

Por lo anterior, enunció que no existe vulneración alguna de los derechos fundamentales invocados por la señora Briches Corrales, pues nunca concurrió una relación de índole laboral, sino un contrato de prestación de servicios profesionales.

ii) El señor Mario Alfonso Escobar Izquierdo discutió la decisión de primera instancia, al considerar que dentro del expediente no se apreciaban los elementos probatorios que permitieran determinar la existencia de un contrato realidad. Por el contrario, señaló que con las declaraciones extraprocesales que aportó al trámite, se evidenció que la verdadera razón que motivó a la

accionante para no regresar al programa radial "El Corrillo de Mao", fue su delicado estado de salud. Agregó que los cupos publicitarios que la señora Briches Corrales tenía asignados en el programa, se siguieron publicitando, por el término que la solicitante había pactado directamente con sus clientes.

Finalmente, señaló que el fallo recurrido adolece de un defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio que obra en el expediente.

4.4.3 Segunda Instancia

El 12 de julio de 2017, el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Santiago de Cali, no consideró probados los elementos necesarios para predicar la existencia de un contrato realidad, así las cosas, revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar, declaró la improcedencia de la acción de tutela ante la presencia de los mecanismos ordinarios de defensa judicial.

III. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. Mediante auto del 5 de diciembre de 2017, esta Corporación con fundamento en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, decretó las siguientes pruebas:

Por medio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, se ofició a las señoras Ayda Yadira Forero Cuta (exp. T-6.408.988) y Olga Milena Briches Corrales (exp. T-6.425.691), para que dentro de los 3 días hábiles siguientes a la notificación de la providencia, aportaran la siguiente información:

> *"1. Si actualmente se encuentra laborando y, en caso afirmativo, cuál es el monto del salario devengado y bajo qué modalidad contractual o vinculación legal se halla. En caso contrario, deberá indicar cuál es la fuente de sus ingresos y su monto.*
>
> *2. Quiénes integran su núcleo familiar, si tiene personas a cargo, indicando cuántos y quiénes. Así mismo, deberá indicar si tiene esposo, o compañero(a) permanente y cuáles son sus ingresos mensuales.*
>
> *3. Si es propietario de bienes muebles o inmuebles, indicando, en caso positivo, cuál es su valor y/o la renta derivada de ellos.*
>
> *4. Si vive en un inmueble propio o debe pagar canon de arrendamiento, indicando, de ser este último el caso, cuál es su valor.*
>
> *5. En general, cuál es el valor de los ingresos y de los gastos mensuales del núcleo familiar".*

2. En cumplimiento del citado auto, se recibió la siguiente respuesta:

El 19 de diciembre de 2017, la señora Olga Milena Briches Corrales a través de su apoderado judicial, allegó declaración bajo gravedad del juramento[10] en la cual manifestó:

Desde el mes de octubre de 2016, cuando fue despedida de su cargo de locutora del programa "El Corrillo de Mao", se encuentra en situación de desempleo y sin ingresos económicos. Explicó que actualmente "vive de la caridad" de su progenitora, quien además le colabora económicamente con los gastos de su hijo. También señaló que las necesidades del menor son cubiertas por su padre.
Refirió que su núcleo familiar está conformado por su progenitora y su hijo, que residen en una casa de interés social y que mensualmente debe cancelar la cuota del crédito hipotecario por valor de $330.000.

Por último, expuso una que una vez fue "despedida de su cargo"[11], se encontró en la imposibilidad de continuar cancelando las cuotas del crédito de una motocicleta, y como consecuencia fue reportada a Datacrédito, y que sus demás gastos mensuales suman alrededor de $1.160.000, mismos que eran asumidos por la compareciente, antes de la terminación del contrato con el "Corrillo de Mao".

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro de los procesos de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto-Ley 2591 de 1991[12].

2. Problemas Jurídicos y Estructura de la Decisión

De conformidad con las situaciones fácticas expuestas y las pruebas descritas, esta Sala de Revisión deberá determinar si:

i) ¿Es procedente la acción de tutela para alcanzar la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de gravidez o en periodo de lactancia, con ocasión de la existencia de otros medios de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria laboral o la jurisdicción de lo contencioso administrativo que permiten lograr la satisfacción de la misma pretensión?

ii) ¿Vulnera una persona jurídica o natural los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo, al mínimo vital, a la vida digna y a la no discriminación de una mujer en embarazo o en período de lactancia, cuando alegando una causal objetiva, pone fin a una relación laboral o de prestación de servicios, sin autorización del Ministerio de Trabajo?

[10] Folio 28 del cuaderno de revisión.
[11] Ibídem.
[12] Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución.

Con el objetivo de solucionar los problemas jurídicos planteados, la Sala reiterará su jurisprudencia relacionada con: (i) los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela; (ii) la protección constitucional del derecho a la estabilidad laboral reforzada por maternidad y lactancia; para finalmente (iii) abordar la resolución de los casos concretos.

3. Requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela

La Sala realizará un recuento normativo y jurisprudencial de cada uno de los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela, tanto desde el punto de vista subjetivo, es decir, la legitimidad en la causa por activa y pasiva, como desde el objetivo, esto es, los principios de subsidiariedad e inmediatez. No obstante, la verificación específica del cumplimiento de tales requisitos, se desarrollará en el acápite del caso concreto.

3.1 Legitimación en la Causa

3.1.1 Legitimación por activa:

El artículo 86 de la Constitución Política, determina que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En concordancia con este mandato Superior, el artículo 10° del Decreto-Ley 2591 de 1991, establece:

> *"La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.*
>
> *También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.*
>
> *También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales"*

La Corte Constitucional, al interpretar el alcance de las normas arriba señaladas, ha considerado que se configura la legitimación en la causa por activa, en los siguientes casos; *i)* cuando es ejercida directamente y en su propio nombre por la persona afectada; *ii)* cuando es promovida por quien tiene la representación legal del titular de los derechos; *iii)* cuando se actúa en calidad de apoderado judicial del afectado; *iv)* cuando es instaurada como agente oficioso del afectado, debido a la imposibilidad de éste para llevar a cabo la propia defensa de sus derechos y *v)* cuando es instaurada por el

Defensor del Pueblo, los personeros municipales o el Procurador General de la Nación, en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales.[13]

3.1.2 Legitimación por pasiva:

Ahora bien, en cuanto a la legitimidad por pasiva, el artículo 5º del Decreto-Ley 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que vulneren o amenacen vulnerar los derechos fundamentales de los accionantes.

De manera excepcional, es posible ejercerla en contra de particulares si; *i)* están encargados de la prestación de un servicio público; *ii)* su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo; o, *iii)* el accionante se encuentra en una situación de indefensión o de subordinación respecto a este.

Particularmente, en relación con esta última hipótesis, dicho Decreto señala:

> *"Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:*
>
> *(...)*
>
> *9. Cuando la solicitud sea para tutelar (la vida o la integridad de) quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela.*
>
> *(...)".*

La indefensión y la subordinación se sustentan en el equilibrio/desequilibrio que guardan las relaciones entre los particulares, ambos conceptos aluden a la existencia de un nexo jurídico de dependencia de una persona respecto de otra; sin embargo, mientras que la subordinación exige que la relación este regulada por un título derivado de un orden jurídico o social determinado, la indefensión tiene su origen en situaciones de naturaleza fáctica, por cuya virtud la persona en el extremo débil del vínculo, carece de la posibilidad de presentar una defensa efectiva frente al ataque.

En la sentencia T-334 de 2016, la Corte Constitucional precisó:

> *"[L]a diferencia existente entre una y otra es el tipo de relación con el particular, ya que si está regulada por un título jurídico se trata de un caso de subordinación, pero si la dependencia del particular es producto de una situación de hecho, nos encontramos frente a un caso de indefensión."*

[13] Sentencia T-176 de 2011, reiterada en la sentencia T-591 de 2017, entre otras.

Las relaciones de subordinación implican la sujeción de un individuo respecto a las órdenes y directrices del otro, generalmente, obedecen a las que se presentan entre el trabajador y su empleador o entre el estudiante y su profesor. Por otra parte, la jurisprudencia Constitucional[14] ha establecido la indefensión en situaciones en las que se puede identificar:

(i) La falta, ausencia o ineficacia de medios de defensa legales, materiales o físicos, que le permitan al particular que instaura la acción contrarrestar los ataques o agravios, que contra sus derechos sean inferidos por el particular contra el cual se impetra la acción.

(ii) La imposibilidad de satisfacer una necesidad básica o vital, por la forma irracional, irrazonable y desproporcionada en la que un particular ejerce una posición o un derecho del que es titular.

(iii) La existencia de un vínculo afectivo, moral, social o contractual, que facilite la ejecución de acciones u omisiones que resulten lesivas de derechos fundamentales de una de las partes.

(iv) En el uso de medios o recursos que buscan, por medio de la presión social, que un particular haga o deje de hacer algo en favor de otro, por ejemplo la publicación de la condición de deudor de una persona por parte de su acreedor en un diario de amplia circulación, o la utilización de personas con determinadas características para efectuar el cobro de acreencias.

Así mismo, la Corte Constitucional también ha reconocido la indefensión en casos en los que, pese a haber existido un negocio jurídico, concurrieron circunstancias fácticas que desbordaron los límites fijados en dicha relación, y como consecuencia, se presenta una situación que imposibilita la defensa de sus derechos; por lo anterior, en la sentencia T-181 de 2017 determinó:

> *"[E]l eventual estado de indefensión en que se encuentre el presunto afectado debe ser evaluado por el juez de tutela en cada caso concreto, a partir de las circunstancias fácticas que lo rodean, procediendo en todo caso a determinar en cuál de los supuestos se encuentra el accionante y, además, examinar el grado de sujeción e incidencia en los derechos fundamentales objeto de amenaza o vulneración."*

En conclusión, cualquier persona que considere vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales puede interponer una acción de tutela, ya sea de manera directa, cuando es ejercida en nombre propio por la persona afectada; o indirecta, cuando es promovida por un agente oficioso, el Defensor del Pueblo, los personeros municipales o el Procurador General de la Nación, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales. Igualmente, la acción procede contra una actuación u omisión de una autoridad pública, o de un particular en casos estrictamente regulados por el Decreto-Ley 2591 de 1991 y desarrollados por la jurisprudencia Constitucional.

[14] Sentencia T-181 de 2017.

Concretamente, para el análisis que nos ocupa, presenta especial connotación la procedibilidad de la acción contra particulares, específicamente, en los eventos en que existe relación de subordinación o indefensión entre el accionante y la persona presuntamente trasgresora de sus derechos.

3.2 Inmediatez y subsidiariedad

Desde el punto de vista objetivo los requisitos esenciales para la procedibilidad de la acción de tutela son la inmediatez y la subsidiariedad; respecto del primero, el artículo 1° del Decreto-Ley 2591 de 1991, dispone:

> *"Artículo 1° Objeto. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales…"*

En paralelo, de conformidad con el artículo 6 del Decreto-Ley 2591 de 1991, son causales de improcedencia de la acción de tutela por incumplimiento del principio de subsidiariedad, las siguientes:

> *"1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto (…)*
>
> *Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización.*
>
> *2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*
>
> *3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*
>
> *4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*
>
> *5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto."*

Se abordará el estudio por separado de cada requisito.

3.2.1 Requisito de Inmediatez:

El artículo 86 de la Constitución Política establece la procedencia de la acción de tutela para solicitar la protección inmediata de derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten amenazados o afectados por la actuación u omisión de una autoridad o un particular.

Pese a que el mecanismo por regla general no cuenta con término de caducidad, esta Corte ha establecido que procede dentro de un término "razonable y proporcionado" a partir del hecho que originó la vulneración[15]; así, cuando el titular de manera negligente ha dejado pasar un tiempo excesivo o irrazonable desde la actuación irregular que trasgrede sus derechos, se pierde la razón de ser del amparo[16] y consecuentemente su procedibilidad[17].

Ahora bien, no existe un plazo perentorio o terminante para interponer la acción de tutela, de manera que la prudencia del término debe ser analizado por el juez en cada caso atendiendo a las particulares circunstancias fácticas y jurídicas del asunto; de ahí que si el lapso es prolongado, deba ponderar si:

(i) existe motivo válido para la inactividad de los accionantes;
(ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión;
(iii) si existe nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales;
(iv) si el fundamento de la acción surgió después de acaecida la actuación violatoria de derechos fundamentales de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición. [18]

Adicionalmente, para establecer el cumplimiento del requisito de la inmediatez en las acciones de tutela encaminadas a obtener la protección del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo, la Corte Constitucional ha evaluado dos aspectos: *(i) el lapso entre el despido y la interposición de la acción de tutela debe ser razonable* y *(ii) el momento en que se presenta el amparo debe ser oportuno en relación con el embarazo y los meses posteriores al parto.*[19]

3.2.2 Subsidiariedad:

---

[15] Sentencia T-219 de 2012, pronunciamiento reiterado, entre otras, en las sentencias T-277 de 2015, T-070 de 2017 y T-695 de 2017.
[16] Sentencia T-743 de 2008. En igual sentido, las sentencias T-497 de 2017, T-251 de 2017, T-670 de 2016, entre otras.
[17] La Sala Plena de la Corte Constitucional ha inferido tres reglas para el análisis de la inmediatez: *"En primer término, la inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. En segundo lugar, la satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto. Finalmente, esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental."* Sentencia SU-189 de 2012, reiterada en la Sentencia T-246-15.
[18] Sentencia SU-961 de 1999 y T-243 de 2008; reiteradas, entre otras T-246 de 2015.
[19] Sentencia T-583 de 2017.

De acuerdo con lo señalado en la Constitución Política de Colombia, la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario del que dispone toda persona para reclamar la protección de sus derechos fundamentales. En tal sentido, presenta un carácter subsidiario, pues únicamente se puede acceder a esta cuando no existen los medios de defensa judicial o cuando a pesar de existir, los mismos carecen de idoneidad o resulten ineficaces para garantizar de manera efectiva los derechos presuntamente vulnerados.

Así mismo, aun ante la presencia de instrumentos judiciales eficaces e idóneos, la acción procede de manera transitoria, siempre y cuando se interponga con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional ha considerado que uno de los motivos para reafirmar el carácter residual y sumario de este mecanismo de defensa constitucional, radica en el debido respeto por la competencia que el legislador le otorgó a otras jurisdicciones. En tal sentido, en la sentencia T-694 de 2016 enunció: "*una razón adicional que justifica el interés de la Corte en preservar el carácter subsidiario y residual de la tutela, radica en el profundo respeto e independencia que tienen por los jueces de las diferentes jurisdicciones, así como la exclusiva competencia que éstos tienen para resolver los asuntos propios de sus materias, en un claro afán de evitar la paulatina desarticulación de sus organismos y de asegurar el principio de seguridad jurídica".*

Bajo esta interpretación y de cara a los casos que ocupan la atención de la Sala, la Corporación ha ilustrado que esta herramienta de defensa constitucional no puede interponerse para reclamar derechos ni prestaciones laborales de los trabajadores, pues se trata de asuntos de origen litigioso que le corresponde resolver al juez natural, esto es, el laboral[20].

3.2.3 Procedencia de la acción de tutela para alcanzar la protección de la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo

No obstante lo señalado en el anterior aparte, la Corte Constitucional también ha determinado que la acción de tutela se despoja de su carácter subsidiario para convertirse en un mecanismo de defensa principal, en dos hipótesis: (i) cuando la persona que reclama la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada, es un sujeto de especial protección constitucional, como el caso de las mujeres gestantes y de las madres y sus hijos recién nacidos[21]; y (ii) cuando la persona que reclama el pago de una prestación social, ve comprometido su derecho fundamental al mínimo vital y el de su hijo que acaba de nacer, por no contar con otra fuente de ingresos que les asegure una digna subsistencia.[22]

Al respecto, en la sentencia T-406 de 2012[23], la Corte refirió:

[20] Sentencia T-092 de 2016.
[21] Sentencia T-406 de 2012.
[22] Cfr. Nota al pie n°. 14.
[23] Posición reiterada en la sentencia T-400 de 2015.

> *"[P]or regla general, la tutela no es el mecanismo idóneo para resolver conflictos relacionados con el reintegro. Sin embargo, excepcionalmente, cuando están en juego los derechos fundamentales de la mujer gestante y de quien está por nacer, tales derechos pueden ser protegidos a través de esta acción, toda vez que se trata de sujetos en condición de indefensión y por tal motivo merecen un trato especial por parte del Estado".*

En igual sentido, en la sentencia T-583 de 2017, esta Corporación expuso:

> *"[C]uando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de gestación o de lactancia, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos riguroso."*

Más adelante, en la misma providencia se indicó que "*este mecanismo constitucional es procedente cuando se trata de personas que se encuentran en "circunstancias de debilidad manifiesta por causa de su condición económica, física o mental y que formulan pretensiones dirigidas a lograr la tutela del derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada".*

En las sentencia T-598 de 2012 y T-256 de 2016, este Tribunal Constitucional concluyó que cuando se reclama la efectividad de la protección especial a la maternidad, en consideración a los derechos de los trabajadores, la especial protección de la mujer, el principio de igualdad y los derechos del hijo por nacer, procede la acción de tutela como mecanismo judicial **prevalente**.

En suma, en principio la acción de tutela por su naturaleza residual y subsidiaria, no es el mecanismo idóneo para reclamar derechos o prestaciones laborales; no obstante, cuando se encuentran comprometidos los derechos de la madre gestante y los de su hijo por nacer o recién nacido, se torna eficaz y procede excepcionalmente como medida de asistencia y protección a estos sujetos de especial protección constitucional.

4. Protección a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en embarazo y lactancia. Reiteración de jurisprudencia

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 53 de la Constitución Política, todo trabajador tiene derecho a permanecer en su cargo y a no ser desvinculado del mismo en forma intempestiva. Conjuntamente, la protección constitucional a la estabilidad laboral durante el embarazo y después del parto se encuentra establecida en el artículo 43 Superior, el cual dispone:

"ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia."

Por su parte, del artículo 13 de la Constitución, que consagra el principio de igualdad, se deduce que está prohibida cualquier forma de discriminación en la esfera laboral de la mujer embarazada o en etapa de lactancia. Así pues, el fundamento constitucional de la protección de la madre gestante y después del parto se encuentra en los artículos 13, 43 y 53[24]Superiores.

Ahora bien, la protección a la maternidad también se manifiesta en diversos instrumentos internacionales, que tienen carácter vinculante para el Estado Colombiano:

i) La Declaración Universal sobre los Derechos Humanos, establece que la maternidad y la lactancia tienen derecho a cuidados y asistencia especial.
ii) El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que los Estados parte tienen el deber de garantizar la protección efectiva contra cualquier clase de discriminación por motivos de sexo.
iii) El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, señala que se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo determinado.
iv) La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: determina que los Estados tienen la obligación de evitar el despido por motivo de embarazo, además de prestar protección especial a la mujer gestante.
v) El Convenio 183 de la OIT, atribuye a los Estados, el deber de lograr la igualdad real de la mujer trabajadora *"atendiendo su estado de discriminación, por el hecho de la maternidad"*.
vi) El Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que el derecho a la seguridad social de las mujeres en estado de embarazo cubre la licencia remunerada antes y después del parto.
vii) El Convenio número tres de la OIT[25] señala que *"en todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer: a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto; b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas; c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y las del hijo en buenas condiciones de higiene..."*.

[24] Sentencia T-662 de 2012.
[25] Relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto.

viii) La Recomendación 191 de la OIT,[26] desarrolla las condiciones mínimas que se deben implementar en la legislación de los Estados frente al reconocimiento de la licencia de maternidad y los permisos laborales durante el período de lactancia.

De igual forma, la legislación nacional ha desarrollado normatividad que protege a la mujer trabajadora durante el embarazo y la lactancia, valga citar, el artículo 236[27] del Código Sustantivo del Trabajo, que respecto a la licencia de maternidad prevé que toda trabajadora tiene derecho a una licencia de 18 semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. En concordancia, el artículo 207 de la Ley 100 de 1993, establece que las madres afiliadas en el régimen contributivo tienen derecho a que su respectiva E.P.S. les reconozca y pague la licencia por maternidad.

El artículo 239[28] del Código Sustantivo del Trabajo, dispone la prohibición de despedir a una mujer por motivo de su embarazo o lactancia y señala una presunción, según la cual se entiende que el despido se ha efectuado por tales motivos, cuando se realiza sin el correspondiente permiso del inspector del trabajo. Igualmente, estipula el pago de una indemnización en caso de que se produzca la desvinculación laboral sin la respectiva autorización del Ministerio de Trabajo que consiste en 60 días de salario.

El artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, ordena al empleador acudir al inspector del trabajo antes de proceder al despido de una mujer durante el periodo de embarazo o de lactancia; por su parte, el artículo 241 del Estatuto Laboral, dispone que no producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en período de licencia de maternidad o lactancia. Incluso, el artículo 237 de Estatuto Laboral determina que en caso de aborto, se debe otorgar a la mujer un descanso remunerado.

Bajo el referido panorama normativo, la Corte Constitucional ha robustecido la jurisprudencia frente a la protección de la maternidad, pues a través de esta, ha reconocido a la mujer en estado de embarazo un trato preferente[29], debido a su condición de sujeto de especial protección, así como a la necesidad de velar por el resguardo de los derechos del que está por nacer o el recién nacido. Y es que la práctica ha demostrado que se requieren de medidas tendientes a impedir la vulneración de sus prerrogativas fundamentales, como consecuencia del despido y la discriminación a la cual se someten por la terminación del vínculo contractual.

Pues bien, los presupuestos esenciales que ha determinado la Corte para el fuero de maternidad son: i) la existencia de una relación laboral o de

[26] Sobre la protección de la maternidad.
[27] Modificado por el artículo 1º de la Ley 1822 de 2017 y por el artículo 1º de la Ley 1468 de 2011.
[28] Modificado por el artículo 2 de la Ley 1468 de 2011.
[29] Sentencia T-222 de 2017.

prestación; y que ii) en vigencia de la citada relación laboral o de prestación, se encuentre en embarazo o dentro de los tres (03) meses siguientes al parto.[30]

No obstante, el alcance de la prestación se debe determinar a partir del i) conocimiento del empleador, y ii) la alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.

En este punto, se debe resaltar que con el propósito de unificar los diversos criterios adoptados por la Corte Constitucional frente al derecho a la estabilidad laboral reforzada de mujeres en estado de gravidez, específicamente respecto a los criterios que definen el alcance de la protección, la Sala Plena de la Corporación profirió la sentencia SU-070 de 2013, en la cual analizó 33 casos de mujeres despedidas en estado de embarazo.

Para el desarrollo de los casos objeto de estudio, la Sala únicamente reiterará las reglas respecto a las alternativas laborales que interesan para la presente sentencia, por lo cual, no resumirá la totalidad de los parámetros establecidos por la decisión.

De manera precedente se citará lo dispuesto por la sentencia de unificación, en relación con el conocimiento del embarazo por parte del empleador, ya que si bien, este no es requisito para el amparo de la mujer en estado de gravidez o después del parto, sí constituye un elemento que permite definir el grado de protección:

> *"[E]l 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.*
>
> *Ahora bien, 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."*

Para el efecto, el máximo Tribunal consideró de manera enunciativa, los eventos en los cuales se entiende que el empleador tiene conocimiento del estado de gravidez de su trabajadora[31]:

---

[30] Ibídem. En concordancia con las sentencias T-092 de 2016 y T-102 de 2013.
[31] Sentencia SU-070 de 2013, reiterada por las sentencias T- 656 de 2014 y T-102 de 2016, entre otras.

a. Cuando el embarazo se encuentra en un estado que permite que sea inferido: La Corte ha establecido una presunción según la cual, por lo menos al 5º mes de la gestación, el empleador está en condiciones de conocer el embarazo, toda vez que los cambios físicos le permiten inferirlo.

b. Cuando se solicitan permisos o incapacidades laborales con ocasión del embarazo: Se presenta cuando la trabajadora, si bien no ha notificado expresamente su embarazo, ha solicitado permisos o incapacidades relacionados con este.

c. Cuando el embarazo es de conocimiento público por parte de los compañeros de trabajo: Caso en el cual es posible asumir que el embarazo es un hecho notorio.

En términos generales, la Corte Constitucional ha establecido que se puede concluir que el empleador tenía conocimiento del embarazo "*cuando las circunstancias que rodearon el despido y las conductas asumidas por el empleador permiten deducirlo.*"[32]

Finalmente, se itera que en la sentencia T-583 de 2017, esta Corporación aclaró que el conocimiento del empleador **al inicio de la relación laboral**, se aplica únicamente para determinar el grado de protección, y no como presupuesto para establecer la procedencia del fuero de maternidad:

> *"[E]l derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas no depende del momento en el cual el empleador tuvo conocimiento del estado de gravidez, pues el fuero de maternidad se desprende de la especial protección constitucional que recae sobre las trabajadoras. Sin embargo, dicha notificación es relevante para establecer el alcance de las medidas que los jueces constitucionales pueden otorgar en estos casos."*

4.1. Alternativa Laboral

La estabilidad laboral reforzada de las mujeres gestantes y lactantes, se aplica de manera autónoma a la modalidad del vínculo contractual que exista entre las partes[33], de ahí que para prodigar la protección constitucional por maternidad sea indistinto que se trate de un contrato laboral a término fijo, indefinido, por obra o labor determinada, o incluso, un contrato de prestación de servicios. Con todo, la forma de vinculación ciertamente es uno de los factores determinantes del alcance y el tipo de amparo.

4.1.1 Contrato a término Indefinido

Se desprenden dos hipótesis:

---

[32] Ibídem.
[33] Sentencia T-583 de 2017.

a) Cuando el empleador **conoce** en desarrollo de la alternativa el estado de gestación de la empleada, y la despide sin la previa calificación de justa causa por parte del inspector del trabajo.

En tal evento, señala la SU-070 de 2013**,** que "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."*

b) Cuando el empleador **no conoce** en desarrollo de la alternativa laboral el estado de gestación. Caso en el cual se aprecian los siguientes supuestos:

i) El empleador adujo justa causa y **NO conoce** el estado de gestación de la empleada: Solo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; la discusión sobre la configuración de la justa causa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.

ii) El empleador **NO** adujo justa causa y **NO conoce** el estado de gestación de la empleada: Caso en el cual la protección consistirá en la orden de reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación. A su vez de esta regla de divide otra subregla que señala que *"si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, se ordenará el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, los cuales serán compensados con las indemnizaciones recibidas por concepto de despido sin justa causa."*[34]

4.1.2 Contrato a término fijo

En este tipo de vinculación laboral, también ha establecido la Corte Constitucional que se presentan dos hipótesis:

a) Cuando el empleador conoce en desarrollo de la alternativa laboral el estado de gestación de la trabajadora, se establecen las siguientes alternativas de resolución:

> *"2.1.1 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.***
>
> *2.1.2 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*

[34] En el mismo sentido que la nota al pie n°. 30.

inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral.”

Ha establecido la Corte Constitucional que si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que persisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Por el contrario, 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, por último:

“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.”

b) Cuando el empleador **NO conoce** en desarrollo de la alternativa laboral, el estado de gestación. Ante el presente supuesto existen tres hipótesis:

i) Si la desvincula antes del vencimiento del contrato, sin justa causa: Solo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el período de gestación; la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen. También se puede ordenar el pago de las indemnizaciones por despido sin justa causa.

ii) Si la desvincula antes del vencimiento del contrato y alega justa causa distinta a la modalidad del contrato: Solo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa causa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.

iii) Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando esto como una justa causa: La protección consistirá 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. En este caso no procede el pago de los salarios dejados de percibir, porque se entiende que el contrato inicialmente pactado ya había terminado.

4.2 Contrato de prestación de servicios

Finalmente, también se debe precisar que la Corte Constitucional previó el supuesto de vinculación de una mujer lactante o gestante, mediante contrato de prestación de servicios, en consecuencia, señaló que pese a que la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la existencia de un contrato realidad “*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.[35]"

Así pues, es menester determinar si en el caso concreto se estructuran los elementos de un contrato de trabajo, independiente de la denominación que el empleador adopte[36]:

> *"[L]a 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.*[37]"

Adicionalmente, advirtió la jurisprudencia en cita que en el caso de contratos de prestación de servicios celebrados con el Estado con personas naturales, este solo 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 último, "*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 la sentencia T-350 de 2016, la Corte dispuso que las mujeres en embarazo o en lactancia que desarrollen sus labores bajo la modalidad de prestación de servicios, no pueden ser despedidas tras el argumento que el plazo llegó a su fin, toda vez que el empleador debe demostrar que no subsiste el objeto para el cual se suscribió el contrato, y que las causas que originaron la contratación desaparecieron:

> *"En todo caso, la Sala considera que en el evento en que el objeto de la prestación de servicios no desaparezca, debe entenderse que la madre gestante o en periodo de lactancia tiene derecho al pago de honorarios desde el momento mismo de la renovación de contratos, o la firma de otros distintos que encubren la continuidad en el desarrollo del mismo.*[38]"

En conclusión, tanto el ordenamiento jurídico colombiano, diversos instrumentos internacionales, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, han desarrollado medidas tendientes a impedir la

---

[35] Sentencia SU-070 de 2013.
[36] Ibídem.
[37] Ibídem.
[38] Sentencia T-350 de 2016, en concordancia con las providencias T-715 de 2013, y SU 070 de 2013.

discriminación de la mujer en embarazo o la lactancia, ante la terminación, despido, o no renovación del contrato de trabajo, como consecuencia del estado de gestación. La adopción de las medidas de protección tiene como fin otorgarle a la mujer madre, herramientas para la protección de su derecho a la estabilidad laboral reforzada, como una vía para asegurarle los ingresos económicos que le garanticen condiciones de vida dignas a ella y al que está por nacer o recién ha nacido.

5. Casos concretos

5.1 Cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela en los expedientes acumulados T-6.402.183, T-6.421.433, T-6.425.691, T-6.408.988

5.1.1 Para resolver la legitimación en la causa, la Sala considera:

i) Por activa: Las señoras Ana Hidalit Mondragón Cárdenas (exp. T-6.402.183), Jessica Magerly Santana Rodríguez (exp. T-6.421.433), Ayda Yadira Forero Cuta (exp. T-6.425.691) y Olga Milena Briches Corrales (exp. T-6.408.988), se encuentran legitimadas en la causa por activa para formular las acciones constitucionales objeto de estudio, pues actúan en nombre propio y requieren la protección de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo, la dignidad humana, la salud, la vida en condiciones dignas, el mínimo vital, la seguridad social y a la igualdad, susceptibles de ser protegidos vía acción de tutela.

ii) Por pasiva: En el particular, las acciones se dirigen contra la Gobernación del Casanare (exp. T-6.425.691), autoridad pública del orden departamental, pero también contra personas naturales y jurídicas de derecho privado en atención a su condición de empleadores, es decir, la Cafetería Restaurante La Mona (exp. T-6.402.183), la empresa HSEQ Multiservicios de la Sabana S.A.S. (exp. T-6.421.433); y el señor Mario Alfonso Escobar Izquierdo, director del programa radial “El Corrillo de Mao” (exp. T-6.408.988).

Como se señaló, el artículo 5 del Decreto-Ley 2591 de 1991, establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que viole o amenace un derecho fundamental, así las cosas, la Sala aprecia que la Gobernación del Casanare está legitimada en la causa por pasiva, en la medida que se le atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la señora Ayda Yadira Forero Cuta, al no renovar el contrato de prestación de servicios suscrito con la entidad, pese a que se encontraba en estado de embarazo.

En lo que respecta, a la Cafetería Restaurante La Mona (exp. T-6.402.183) y a la empresa HSEQ Multiservicios de la Sabana S.A.S. (exp. T-6.421.433), la Sala considera que ambos están legitimados como parte pasiva, en la medida que fungieron como empleadores de las señoras Ana Hidalit Mondragón Cárdenas y Jessica Magerly Santana Rodríguez, respectivamente.

En efecto, en el expediente T-6.402.183, la señora Uldrey Margarita Loaiza Vega en su escrito de contestación, no desconoció en ningún momento que la señora Ana Hidalit Mondragón Cárdenas era su empleada y que trabajó para ella en dos oportunidades sucesivas; de igual modo, en el expediente T-6.421.433, obra certificación emitida por el Director Técnico de la empresa HSEQ Multiservicios de la Sabana S.A.S. en la cual se manifiesta que la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez laboró para la sociedad desde el 1º de diciembre de 2016, hasta el 7 de abril de 2017[39]; así pues, es clara la existencia de contratos de trabajo en los referidos casos.

Por consiguiente, toda vez que la presunta vulneración se presentó en el marco de una relación de trabajo, las accionantes estaban en una posición de subordinación frente a sus respectivos empleadores, y por ello se encuentra acreditada la legitimación por pasiva de los señalados particulares.

Ahora bien, frente al señor Mario Alberto Escobar Izquierdo (exp. T-6.408.988), y toda vez que aún no se encuentra claro si existió o no una relación laboral entre este y la señora Olga Milena Briches Corrales, la Sala no considera procedente establecer la legitimidad por pasiva por estado de subordinación.

No obstante, del análisis de las circunstancias que rodearon la terminación de la relación contractual expuestas por la accionante, es evidente que se hallaba en un estado de indefensión, pues no se debe desconocer que se encontraba en estado de embarazo, situación que en la práctica le impedía acceder a un empleo y garantizar el cubrimiento de sus necesidades básicas. Adicionalmente, el accionado tuvo la facilidad para dar por terminada la relación contractual que se venía desenvolviendo con la accionante, en un momento inesperado y sin que esta pudiera evitar dicha situación, lo que permite concluir que la señora Olga Milena Briches Corrales se encontraba en estado de indefensión frente al señor Mario Alfonso Escobar Izquierdo, y por tal razón, este se halla legitimado en la presente causa por pasiva.

5.1.2 Para resolver la inmediatez en los casos objeto de revisión, la Sala considera:

i) En el expediente T-6.402.183 la accionante Ana Hidalit Mondragón Cárdenas fue despedida en el mes de febrero de 2017, y la solicitud de amparo la presentó el 20 de abril de 2017.

ii) En el expediente T-6.421.433 la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez, fue desvinculada el 7 de abril de 2017, mientras que el 2 de junio de 2017 interpuso la acción de tutela.

iii) En el expediente T-6.425.691, la peticionaria Ayda Yadira Forero Cuta, terminó su relación contractual el 29 de diciembre de 2016, y el 17 de febrero de 2017 interpuso la acción de tutela.

[39] Folio 37 del cuaderno de instancia.

iv) En el expediente T-6.425.691, la solicitante Olga Milena Briches Corrales, terminó fue despedida el 3 de octubre de 2016, y promovió la acción de tutela el 5 de abril de 2017. Así mismo, el 18 de enero de 2017, presentó un derecho de petición, mediante el cual reclamaba sus derechos a la parte accionada.[40]

Como se advierte, no se aprecia que los espacios de tiempo trascurridos entre la fecha de ocurrencia de los hechos objeto de censura y la interposición de las acciones de tutela, sean extensos prolongados o desproporcionados; o que se haya presentado una inactividad injustificada en la defensa de los derechos fundamentales reclamados, que desdibujara la inminencia en la vulneración que pretende conjurar la acción de tutela, máxime si se tiene en cuenta que las accionantes se encontraban en estado de embarazo cuando promovieron las respectivas acciones, lo que permite concluir que el momento en el que se presentó el amparo es oportuno y el término razonable. Por lo discurrido, en las presentes acciones de tutela se satisface el requisito de inmediatez.

5.1.3 Respecto del requisito de la subsidiariedad, se debe reiterar que cuando se reclama la efectividad de la protección especial a la maternidad, **procede la tutela como mecanismo judicial prevalente** ya que permite la eficacia de los mandatos que exigen la defensa de los derechos de las trabajadoras y los del hijo recién nacido o que está por nacer; pues es de vital importancia que durante la gestación y el post parto, las necesidades de la madre y el niño sean atendidas oportuna e integralmente. [41]

Así las cosas, y de conformidad con lo expuesto en el fundamento jurídico número 3.2 de esta providencia, la Sala considera que en los casos objeto de estudio la acción de tutela procede como mecanismo judicial prevalente, toda vez que no existe duda en que las accionantes son sujetos de especial protección constitucional, por lo cual merecen mayores garantías que faciliten el goce y disfrute de sus derechos fundamentales.

A su vez, se debe indicar que en las circunstancias en las que se encuentran las solicitantes, los mecanismos ordinarios de protección carecen de la idoneidad necesaria para la defensa exhaustiva e inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados, toda vez que no se puede desconocer que la especial situación de desamparo que se genera después de la terminación del vínculo, por lo general afecta la fuente de la cual obtienen su sustento.

Además de lo anterior, en las acciones puestas en consideración de la Sala, es evidente que las peticionarias vieron amenazado su mínimo vital al momento de terminar su manera abrupta su contrato de trabajo, pues no se debe desconocer que son personas de escasos recursos económicos, afirmación que se desprende de la valoración de las siguientes circunstancias, en primer lugar, en el caso T-6.402.183, la señora Mondragón Cárdenas indicó su carencia de

[40] Folio 2 del cuaderno de instancia.
[41] Ibídem.

recursos económicos para subsistir, ya que su familia dependía únicamente de los ingresos que devengaba para su sostenimiento.

En el caso T-6.421.433, la Sala constató que la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez tiene un puntaje Sisbén de 41.37%, situación que permite inferir que es una persona de escasos recursos y por tal razón, la situación de desempleo afectó su mínimo vital. En el expediente T-6.425.691, de igual forma se verificó en la referida base de datos pública, que la accionante Forero Cuta cuenta con un puntaje Sisbén de 33.12%, lo que evidencia en igual medida que se le dificulta obtener los ingresos para sobrevivir, máxime si tiene un hijo a cargo. Finalmente, en el caso T-6.408.988, la señora Briches Corrales puso de presente desde el escrito de tutela[42], la precariedad de su situación económica, realidad que se exacerbó con su desvinculación del programa radial "El Corrillo de Mao".

5.2 Expediente T-6.402.183

Para abordar la situación fáctica del caso bajo análisis, la Sala señalará las circunstancias que se encuentran acreditadas:

5.2.1 El 21 de septiembre de 2016, la señora Ana Hidalit Mondragón Cárdenas, se vinculó laboralmente a través de contrato verbal a término indefinido con la Cafetería Restaurante La Mona, para desarrollar oficios varios, este vínculo concluyó el 20 de noviembre de 2016; no obstante, la señora Uldrey Margarita Loaiza Vega contrató nuevamente a la accionante para trabajar por *"horas, reemplazos o por eventos"* [43].

Se debe exponer que no existe claridad acerca del extremo inicial de esta última relación laboral, pero según lo expuesto en la contestación a la acción de tutela, se colige que fue entre el 21 y el 30 de noviembre de 2016, mientras que frente al extremo final, se conoce que tuvo lugar dentro de los primeros días del mes de febrero de 2017, y que el contrato terminó por decisión de la empleadora, y sin que mediara autorización o calificación de justa causa por parte del Ministerio del Trabajo.

Adicionalmente, para la Sala está acreditado que en vigencia de la relación laboral, la señora Mondragón Cárdenas inició su estado de gestación, pues el 1º de febrero de 2017, se realizó una ecografía que reportó "embarazo de 10 semanas y 5 días."[44]

Por último, se encuentra establecido que la peticionaria es una persona de escasos recursos económicos, ya que reside con sus hijas y su cónyuge en una habitación que le arrienda la señora Uldrey Margarita Loaiza Vega, y finalmente, el mínimo vital de la accionante y su familia, se encuentra gravemente amenazado, toda vez que su fuente de ingresos primordial lo constituye su salario.

[42] Afirmaciones confirmadas en la declaración que aportó al trámite.
[43] Ibídem.
[44] Folio 9 del cuaderno de instancia.

5.2.2 Pues bien, la Sala aprecia que en la presente acción no existe controversia acerca de la existencia o no de un contrato laboral, toda vez que la accionante y la accionada coinciden en esta manifestación y en la que se refiere a la forma de terminación del contrato laboral. Por el contrario no existe convergencia acerca de si existieron dos contratos laborales o solo uno; pese a ello, la anterior distinción no tiene relevancia frente al estudio de la vulneración a la estabilidad laboral reforzada de la señora Mondragón Cárdenas, por los motivos que se pasan a exponer.

Los presupuestos esenciales para la procedencia del fuero de maternidad son de un lado la existencia de una relación laboral o de prestación; y del otro, que en vigencia de esta, la mujer se encuentre en embarazo o dentro de los tres (03) meses siguientes al parto.

Así, de los documentos obrantes en el expediente, es clara la concurrencia de ambos requisitos, por un lado el estado de gestación se encuentra acreditado en la copia del examen médico de embarazo realizado el 1º de febrero de 2017 a la señora Ana Hidalit Mondragón Cárdenas, y del otro, como se afirmó no existe discusión entre las partes acerca de la existencia y la naturaleza del contrato, pues independientemente de los horarios de trabajo que se hubieran pactado en uno y otro, lo cierto es que la accionante estaba en embarazo, tenía un vínculo laboral vigente con la accionada y al haber sido despedida sin autorización del Ministerio del Trabajo se hace merecedora de la protección por el fuero de maternidad.

5.2.3 Ahora bien, para efectos de determinar el tipo de protección, es necesario precisar a través de qué modalidad contractual se encontraba la peticionaria. Para el efecto, es preciso señalar que el artículo 6 del C.S.T., define el trabajo ocasional, accidental y transitorio, como el de corta duración y no mayor a un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del empleador. Así las cosas, este tipo de vinculación presenta dos características esenciales, en primer lugar, el trabajo escapa al giro ordinario de la respectiva actividad del empresario o de los fines de la organización; y en segundo lugar su duración máxima es de un mes.

La Sala considera que esta modalidad contractual no aplica en el caso concreto, ya que a pesar de que el horario y la jornada de trabajo de la accionante eran determinados en cada evento por la empleadora, la actividad laboral desarrollada por la señora Mondragón Cárdenas obedecía precisamente al giro ordinario de la Cafetería y Restaurante La Mona y se extendió en el tiempo por más de un mes.

Adicionalmente, y en razón a lo señalado por los jueces de instancia, se debe manifestar que en el asunto bajo estudio tampoco se aprecia la existencia de un contrato por obra o labor determinada, pues el mismo se caracteriza porque su conclusión se corresponde con la extinción del objeto contractual; mientras que en el presente asunto la actividad comercial de la señora Uldrey Margarita y para cuyo apoyo fue contratada la solicitante, persiste en el tiempo, en otras

palabras, la vinculación de la accionante no terminó por la consumación de la obra, sino por la voluntad de su empleadora.

5.2.4 Por su parte, el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo señala:

> *"ARTICULO 47. DURACIÓN INDEFINIDA. Modificado por el art. 5, Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:*
>
> *1o)* ***El contrato de trabajo no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra,*** *o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido…"* Negrilla fuera del original.

Así, toda vez que las partes guardaron silencio frente al término de duración del contrato, que no se trata de un contrato de obra o labor determinada, ni de trabajo ocasional, accidental o transitorio, para el presente caso se tiene que la alternativa laboral es el contrato a término indefinido.

5.2.6 Establecido lo anterior, resta determinar el conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador; en primer lugar, en el asunto concreto no existe notificación escrita de la situación, y en segundo, las manifestaciones de los sujetos procesales al respecto son antagónicas, esto es, mientras la accionante indica que la empleadora sí conocía de su embarazo, esta rotundamente señaló que no.

Así las cosas, es necesario traer al caso, la jurisprudencia sobre hecho notorio que respecto al conocimiento del embarazo por parte del empleador, ha desarrollado la Corte Constitucional:

> *"Cuando se solicitan permisos o incapacidades laborales con ocasión del embarazo: La Corte Constitucional ha entendido que, cuando la trabajadora, si bien no ha notificado expresamente su embarazo, ha solicitado permisos o incapacidades (…)*[45]*"*

Concretamente, obra en el expediente[46] el reporte del examen ecográfico realizado el 1º de febrero de 2017 a la señora Ana Hidalit Mondragón Cárdenas, en el cual se concluyó que esta presentaba embarazo de 10 semanas. Así mismo, se conoce que la relación laboral terminó en los primeros días del mes de febrero del mismo año.

De lo anterior se puede inferir que: i) si el último contrato se extendió hasta *"los primeros días del mes de febrero",* al menos el día 1 de este mes la señora Ana Hidalit aún se encontraba vinculada laboralmente; ii) ya que para el 1º de febrero aún estaba subordinada a las órdenes de su empleadora, para asistir a la valoración ecográfica, debió haber solicitado el correspondiente permiso.

---

[45] Sentencia SU-070 de 2013.
[46] Folio 9 del cuaderno de instancia.

En igual sentido, es un hecho establecido dentro del presente trámite, que la accionante residía con su familia en una habitación arrendada por su empleadora la señora Loaiza Vega, situación que evidencia que la relación entre los presentes sujetos procesales no se limitó al plano netamente laboral, sino que tuvo un contexto más amplio, en otras palabras, fue mucho más cercana de lo que admite la parte accionada, esta circunstancia resta credibilidad a la manifestación de la empleadora respecto a la cual, después de alrededor de 3 meses de gestación aun desconocía el estado de embarazo de la accionante Ana Hidalit.

Por lo señalado, la Sala arriba a la conclusión que la señora Uldrey Margarita Loaiza Vega, sí tenía conocimiento del estado de embarazo de la señora Ana Hidalit.

5.2.8 En conclusión, a juicio de esta Sala, el Restaurante Cafetería La Mona vulneró los derechos fundamentales de Ana Hidalit Mondragón Cárdenas, al terminar de manera unilateral el contrato a término indefinido, mientras se encontraba en estado de gestación y no solicitar el permiso de la autoridad del trabajo. Como se evidenció, la señora Mondragón se encontraba amparada por el fuero de maternidad, situación desconocida por su empleadora y que da lugar a presumir que el despido se originó como acto discriminatorio.

Ahora, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia, la Sala deberá aplicar la regla referente a los contratos a término indefinido, cuando el empleador **conoce** en desarrollo de la alternativa el estado de gestación de la empleada, y la despide sin la previa calificación de justa causa por parte del inspector del trabajo, es decir, declarar la ineficacia del despido y ordenar el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir,[47] de conformidad con lo preceptuado en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así las cosas, la Sala revocará la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín con Función de Conocimiento el 14 de junio de 2017, que confirmó el fallo proferido el 5 de mayo de 2017 por el Juzgado Trece Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, por las razones expuestas en esta providencia, y en su lugar, ordenará conceder el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Ana Hidalit Mondragón Cárdenas y de su hijo o hija. Igualmente, se declarará la ineficacia del despido, y ordenará a la Cafetería Restaurante La Mona, (i) vincular a la señora Ana Hidalit Mondragón Cárdenas a un cargo de igual o similares condiciones al que venía desempeñando al momento de la

[47] ARTICULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPEDIR. Modificado por el art. 35 de la Ley 50 de 1990, Modificado por el art. 2, Ley 1468 de 2011. Modificado por el art. 2, Ley 1822 de 2017. // 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 período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin la autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente. // 3. La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y además, al pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado de que trata este Capítulo, si no lo ha tomado.

terminación del contrato laboral, (ii) pagarle los salarios dejados de percibir, (iii) pagarle la indemnización prevista por el artículo 239, inciso 3º del Código Sustantivo del Trabajo, (iv) reconocerle las demás prestaciones sociales a que haya lugar de acuerdo a la legislación colombiana vigente y (v) vincularla al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Igualmente, esta Sala prevendrá al restaurante para que en lo sucesivo y atendiendo las consideraciones consignadas en esta providencia, se abstenga de vulnerar los derechos de las mujeres gestantes y lactantes derivados del fuero de maternidad.

5.3 Expediente T-6.421.433

5.3.1 Cuestión Previa. Aplicación de la presunción de veracidad

5.3.1.1 El artículo 20 del Decreto-Ley 2591 de 1991 dispone:

> *"Artículo 20. Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa."*

En tal sentido, la norma en cita establece la obligación de las entidades accionadas de rendir los informes que les sean solicitados por los jueces constitucionales, de llegarse a desatender la orden judicial, o incluso, el término conferido, se tendrán por ciertos los hechos y se resolverá de plano la solicitud.[48]

5.3.1.2 La presunción de veracidad de los hechos expuestos en la solicitud de amparo fue concebida como instrumento para sancionar el desinterés o la negligencia de las entidades accionadas y se orienta a obtener la eficacia de los derechos constitucionales fundamentales. [49]

En igual sentido, en la sentencia T-250 de 2015[50], se reiteró por parte de esta Corporación que la presunción de veracidad "*encuentra sustento en la necesidad de resolver con prontitud sobre las acciones de tutela, dado que están de por medio derechos fundamentales, y en la obligatoriedad de las providencias judiciales, que no se pueden desatender sin consecuencias."*

5.3.1.3 Ahora bien, considera la Sala que la presunción de veracidad puede aplicarse ante dos escenarios: i) Cuando la autoridad o particular accionado omite completamente dar respuesta a la solicitud elevada por el juez constitucional; ii) cuando la autoridad o particular da respuesta a la solicitud, pero esta se hace meramente formal, pues en el fondo no responde al interrogante planteado por el funcionario judicial.

---

[48] Sentencia T-214 de 2011.
[49] Ibídem.
[50] A su vez citando la sentencia T-644 de 2013.

5.3.1.4 En el presente caso, la sociedad HSEQ Multiservicios de la Sabana S.A.S., ha actuado con desidia frente a los requerimientos efectuados en las respectivas instancias, toda vez que pese a estar debidamente notificado del trámite constitucional que se adelante en su contra[51], ha omitido dar respuesta a los informes requeridos por los jueces; por tal razón, se dará aplicación a la presunción de veracidad contenida en el artículo 20 del Decreto-Ley 2591 de 1991, y en consecuencia, se tendrán por ciertos los hechos narrados en el escrito de tutela.

5.3.2 Resolución del caso

5.3.2.1 Para realizar el análisis constitucional de la presente solicitud, se debe empezar por indicar las circunstancias que se encuentran acreditadas.

El día 1º de diciembre de 2016, la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez se vinculó a través de contrato laboral a término indefinido con la empresa HSEQ Multiservicios de la Sabana S.A.S.; el 7 de abril de 2017[52], la sociedad comercial cesó labores y cerró sus instalaciones sin previo aviso a sus empleados, y en consecuencia, el vínculo laboral que concurrió con la solicitante terminó de manera unilateral.

Así mismo, la señora Santana Rodríguez se encontraba en estado de embarazo en vigencia y desarrollo de la modalidad contractual, situación conocida por su empleador desde el inicio de la relación laboral, no obstante, no medió autorización del Inspector del Trabajo para dar por terminada por justa causa la relación laboral.

Por último, el Salario de la señora Santana Rodríguez constituía su única fuente de ingresos, por lo que la terminación del contrato amenazó gravemente su mínimo vital y el de su hijo o hija.

5.3.2.2 Como se afirmó, las manifestaciones realizadas por la solicitante deben ser tenidas por ciertas, toda vez que la entidad accionada de manera negligente decidió guardar silencio frente a los requerimientos realizados en las instancias, siendo así, esta Sala podría fallar de plano sin necesidad de realizar más consideraciones.

5.3.2.3 No obstante, del estudio completo de los documentos obrantes en la actuación se aprecia que las afirmaciones de la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez, también cuentan con respaldo probatorio, verbigracia, en la historia clínica que se encuentra a folio 13 del cuaderno de instancia, se evidencia que el 11 de enero de 2017 la solicitante asistió a control prenatal y en el mismo se reportó 16.1 semanas de gestación; también en la certificación que se aprecia a folio 37 del cuaderno de instancia se hace constar por el señor César Mauricio Nieves Torres, quien firmó como Director Técnico de la

[51] Folios 26, 57, 73 y 74 del cuaderno de instancia.
[52] Si bien, en la acción de tutela se señala que el cese de actividades se dio el 15 de abril de 2017, la señora accionante en declaración rendida bajo la gravedad del juramento ante el juez de primera instancia, indicó que estuvo contratada hasta el 7 de abril de 2017.

empresa accionada, que la señora Santana Rodríguez laboró para la entidad desde el 1º de diciembre de 2016 hasta el 7 de abril de 2017.

5.3.2.4 Así pues, ya estarían claros los presupuestos delimitados por la Corte Constitucional, para prodigar la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la señora Santana Rodríguez, como son, la existencia de una relación laboral en vigencia de la cual se encontraba en estado de gestación, el despido y la ausencia de autorización del Ministerio del Trabajo para dar por terminada por justa causa la relación laboral.

Sin embargo, por fines pedagógicos, se hará breve mención a los argumentos expuestos por los jueces de primera y segunda instancia, para denegar la protección invocada por la señora Santana.

5.3.2.5 En primer lugar, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Zipaquirá declaró la improcedencia de la acción de tutela, al considerar que no es el mecanismo judicial idóneo para resolver la presente controversia, adicionalmente, señaló que no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, máxime, cuando no existe claridad acerca de los motivos del despido.

Por su parte, el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá, decidió confirmar la sentencia primigenia bajo la consideración de que la accionante no solicitó el reintegro a sus labores, sino el pago de las indemnizaciones correspondientes, por lo cual, debía acudir a los mecanismos ordinarios de defensa, para resolver la controversia planteada mediante la acción de tutela.

5.3.2.6 Es claro que los argumentos esbozados en primera y segunda instancia, desconocen la jurisprudencia que la Corte ha establecido sobre el requisito de subsidiariedad cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional, pues al tratarse de personas en circunstancias de debilidad manifiesta por causa de su condición económica, física o mental y que formulan pretensiones dirigidas a lograr el amparo del derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada, la acción de tutela se desprende de su carácter residual, para convertirse en un mecanismo de defensa principal.

5.3.2.7 Igualmente, consideraron los jueces de instancia, que toda vez que la solicitante no requirió el reintegro, sino únicamente el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones, la acción carecía de procedencia; no obstante, desconocieron que, ya que la empresa accionada había cesado labores y cerrado sus instalaciones, era apenas lógico que la señora Santana Rodríguez no deprecara el reintegro, sino el pago de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiera lugar. Por lo dicho, no hay razón para que negaran la acción por falta de subsidiariedad, si se tiene en cuenta que, lo que caracteriza en este caso la procedibilidad es la calidad de sujeto de especial protección constitucional y no la naturaleza de las pretensiones.

5.3.2.8 Resulta entonces pertinente continuar con la resolución del caso. Como se advirtió, en el presente asunto se encuentran acreditados los presupuestos esenciales del fuero de maternidad, pues:

i) Se estableció que entre la señora Santana Rodríguez y la empresa HSEQ Multiservicios de la Sabana existió una relación laboral entre el 1º de diciembre de 2016 y el 7 de abril de 2017 y, ii) La peticionaria se encontraba en estado de gestación en vigencia de la relación laboral.

Sumado a lo anterior, la entidad accionada desconoció la protección reforzada que le asiste a la señora Santana Rodríguez, al desvincularla mientras se encontraba en estado de gravidez, sin importar si medió justa causa o no, ya que, en todo caso, no se solicitó la autorización del inspector del trabajo, lo que obliga a la Sala a declarar que en el presente trámite efectivamente se evidencia la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, a la seguridad social y al mínimo vital.

5.3.2.9 En consecuencia, para determinar el alcance de la protección a prodigar a la accionante, es menester resaltar que esta manifestó bajo la gravedad del juramento que se entiende prestado con la presentación de la demanda, que su tipo de contrato laboral obedecía al verbal por término indefinido y que su empleador conocía de su estado de gestación, así mismo, estas circunstancias no se encuentran en discusión, ya que la Sala dio aplicación de la presunción de veracidad de los hechos relatados en la demanda de tutela.

Teniendo en cuenta lo expuesto, y en concordancia con las reglas de las sentencia SU-070 de 2013, se declarará la ineficacia del despido y ordenará el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo.

5.3.2.10 Llegado a este punto, se debe explicar que no desconoce la Corte, lo afirmado por la accionante en relación con que la sociedad HSEQ Multiservicios de la Sabana S.A.S. cesó labores y cerró sus instalaciones a partir del mes de abril de 2017, pues en tal sentido será impertinente ordenar el reintegro; sin embargo, la decisión se fundamenta en las pruebas allegadas al proceso, ya que en el certificado de existencia y representación legal de la accionada[53], no se observa la expresión “en liquidación”, que se inserta una vez se inscribe en la Cámara de Comercio el acta mediante la cual el correspondiente órgano social declara la ocurrencia de alguna de las causales de disolución y liquidación de la sociedad.

Así las cosas, la Sala considera que la sociedad HSEQ Multiservicios de la Sabana cuenta aún con la capacidad jurídica necesaria para recibir una orden

[53] Expedido el 7 de junio de 2017, no obstante, en la información que reporta el Registro Único Empresarial a la fecha de la presente sentencia, frente a la sociedad se señala que se encuentra en estado ACTIVO, sin anotaciones referentes a la liquidación. Folios 41 y 42 del cuaderno de instancia.

en su contra. Empero, para mayor garantía y efectividad en la protección de los derechos fundamentales de la accionante, se proferirán órdenes alternativas, en el sentido que, si la orden del reintegro es jurídicamente y materialmente imposible de cumplir por encontrarse la accionada en un proceso de reorganización o liquidación, los derechos de la accionante no queden indefinidos.

5.3.2.11 Por lo expuesto, la Sala revocará el fallo proferido por el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá el 27 de julio de 2017, que confirmó la sentencia del 16 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Zipaquirá, y en su lugar, ordenará conceder el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez y de su hijo o hija. Igualmente, se declarará la ineficacia del despido, y ordenará a HSEQ Multiservicios de la Sabana S.A.S.; (i) vincular a la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez a un cargo de igual o similares condiciones al que venía desempeñando al momento de la terminación del contrato laboral, (ii) pagarle los salarios dejados de percibir; (iii) pagarle la indemnización prevista por el artículo 239, inciso 3º del Código Sustantivo del Trabajo, (iv) reconocerle las demás prestaciones sociales a que haya lugar de acuerdo a la legislación colombiana vigente; y (v) vincularla al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

5.3.2.12 Como orden alternativa, es decir, en caso que la anterior decisión sea jurídica y materialmente imposible de cumplir por encontrarse la accionada en un proceso de reorganización o liquidación, se ordenará que HSEQ Multiservicios de la Sabana S.A.S., pague a la accionante (i) los salarios dejados de percibir desde el 7 de abril de 2017 a la fecha de notificación de la presente providencia; (ii) la indemnización prevista por el artículo 239, inciso 3º del Código Sustantivo del Trabajo; y (iii) las demás prestaciones sociales a que haya lugar de acuerdo a la legislación colombiana vigente. En igual sentido, las anteriores obligaciones serán ingresadas a los créditos de primer orden, de conformidad con lo establecido en el artículo 157 del Código Sustantivo del Trabajo.

Finalmente, esta Sala prevendrá a la empresa contratante para que en lo sucesivo y atendiendo las consideraciones consignadas en esta providencia, se abstenga de vulnerar los derechos de las mujeres gestantes y lactantes derivados del fuero de maternidad.

5.4. Expediente T-6.425.691

5.4.1 La señora Ayda Yadira Forero Cuta celebró contrato de prestación de servicios con la Gobernación del Casanare el 10 de octubre de 2016; el 22 de diciembre del mismo año notificó por escrito a su jefe inmediato su estado de gestación, no obstante, el 29 de diciembre de 2016 el referido contrato se liquidó por expiración del término y ejecución del objeto contractual.

Consideró la accionante, que el contrato de prestación de servicios suscrito con la Gobernación del Casanare encubría una relación laboral, por lo cual solicitó la protección de los derechos fundamentales a la salud, al mínimo vital y móvil, a la seguridad social, al trabajo, a la familia, a la protección del menor, a la vida digna y a la igualdad, así como ordenar a la entidad accionada reintegrarla a un cargo equivalente al que desempeñaba al momento de la liquidación del contrato; cancelarle los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el 30 de diciembre de 2016; y requerir a la entidad territorial, para que cumpla con las obligaciones establecidas en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo.

5.4.2 La Gobernación del Casanare alegó que no existió contrato laboral, pues no se observa el cumplimiento de los requisitos señalados por la legislación laboral.

5.4.3 Expuestas así las posiciones de las partes en el presente trámite y de conformidad con lo preceptuado en la sentencia SU-070 de 2013, de manera preliminar a establecer la procedencia de la protección por fuero de maternidad reclamada por la señora Forero Cuta, la Sala deberá determinar la posible existencia de un contrato realidad oculto bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios.

5.4.4 La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la existencia de un contrato realidad[54], no obstante, también ha considerado que el juez constitucional debe analizar las circunstancias fácticas que envuelve cada caso, para determinar si bajo la figura del contrato de prestación de servicios se encubre una relación laboral[55].

Para el efecto, en sede de tutela es posible estudiar si se estructuran los elementos esenciales de un contrato de trabajo, estos son, el salario, la continua subordinación o dependencia y la prestación personal del servicio; y de llegarse a concluir la presencia de estos tres elementos, el juez constitucional podrá declarar que está en presencia de un verdadero contrato de trabajo.

5.4.5 Pues bien, en primer lugar el salario constituye toda remuneración en dinero o en especie que recibe un trabajador como contraprestación al servicio prestado; para el caso particular, se aprecia que en el contrato suscrito entre la

---

[54] Por ejemplo, en la sentencia T-106 de 1992, esta Corporación expuso que el respeto al principio de subsidiariedad, implica aceptar que la acción de tutela no es el mecanismo judicial 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 igual sentido, en la sentencia T-040 de 2016, señaló que es competencia de los jueces ordinarios dentro del proceso correspondiente y con los elementos de prueba necesarios determinar la configuración de un contrato realidad; sin embargo, cuando el mecanismo de defensa no es idóneo ni eficaz para el caso concreto, excepcionalmente, el juez de tutela puede declarar su configuración. Reiterada en la sentencia T-151 de 2017.

[55] En la sentencia T-041 de 2014, se estableció que si bien la acción de tutela es residual y subsidiaria, este mecanismo puede convertirse en el más adecuado para dirimir la existencia de un contrato realidad, en casos en los que el accionante es un sujeto de especial protección constitucional; así pues, la justicia constitucional adquiere competencia para conocer el asunto y el recurso de amparo se torna de transitorio a definitivo. Esta posición fue sostenida nuevamente en la sentencia T-327 de 2017.

señora Ayda Yadira Forero Cuta y la Gobernación del Casanare, efectivamente se pactó un valor económico como remuneración y una forma de pago[56], es decir, la accionante recibía una retribución a los servicios prestados, la cual, bien podría ser tenida por salario, pues no es incompatible con este concepto. Empero, la remuneración es un elemento ordinario y común a todos los contratos, por lo que es la subordinación, como elemento primordial del contrato de trabajo, la que define la relación laboral.

Se debe señalar que la subordinación constituye aquella facultad del empleador de dar órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo y a exigir el cumplimiento reglamentos, una de las expresiones más comunes de la subordinación es la obligación de cumplir un horario de trabajo.

Según lo dicho, la Sala observa que este elemento no se encuentra probado, ya que dentro del contrato suscrito por los sujetos procesales no se fijó un horario de trabajo, por lo que la accionante podía disponer libremente de su tiempo.

5.4.6 Adicionalmente, tampoco existen pruebas que respalden la afirmación que la señora Forero Cuta debía recibir órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, pues si bien, se pactaron unas obligaciones entre las que se hallan presentar informes a un interventor o supervisor y tener en cuenta las sugerencias de este, tal circunstancia no tiene la entidad suficiente como para determinar la dependencia de la peticionaria respecto a la Gobernación del Casanare, si se tiene en cuenta además, que la entidad tiene la obligación de vigilar y asegurar la adecuada ejecución del contrato.

5.4.7 Igualmente, se debe reiterar que el Estado puede celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, cuando se requieran de conocimientos específicos, técnicos, científicos para el cumplimiento de los fines estatales; para el caso, se tiene que el objeto contractual radicaba en *"realizar la identificación y análisis técnico de los componentes físico, biótico y socioeconómico mediante la metodología propuesta en la Guía Técnica para la Restauración de los Ecosistemas en Colombia, como acciones fundamentales para el proceso siguiente a la restauración ecológica del predio Barital municipio de Paz de Ariporo[57], del Departamento del Casanare",* por lo que es lógico que la entidad estatal requiriera de personas con conocimientos específicos para desarrollar tal proyecto.

5.4.8 En conclusión, la Sala no advierte que, en principio, en el presente caso se configure la subordinación respecto a la Gobernación del Casanare, razón por la cual se abstendrá de realizar pronunciamiento frente a la prestación personal del servicio; situación que no obsta para que si la accionante considera que existió una contrato realidad con la Gobernación del Casanare, acuda al mecanismo de defensa ordinario ante la jurisdicción contencioso administrativa, para dirimir definitivamente la controversia aquí suscitada.

[56] Folio 8 del cuaderno de primera instancia.
[57] Folio 7 del cuaderno de primera instancia.

5.4.9 Independientemente de lo señalado, que en la presente oportunidad, de entrada, no se halle probado un contrato realidad, no implica que la accionante se encuentre desprotegida frente a la presunta amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales, toda vez que la protección reforzada a la mujer en estado de gestación procede de manera autónoma a la forma de vinculación.

La Corte Constitucional ha considerado que no encontrar probada una relación de trabajo, no impide otorgar una protección por vía de tutela a la madre gestante, posición que ha sido reiterada en las sentencias T-346 de 2013[58], T-715 de 2013[59], T-238 de 2015 y T-102 de 2016[60].

5.4.10 En igual sentido, en la sentencia T-350 de 2016 señaló que una entidad no puede alegar el cumplimiento del plazo contractual para la no renovación de un contrato de prestación de servicios de una mujer embarazada, cuando se aprecian los siguientes supuestos fácticos:

i) Conoce el estado de gestación de la contratista, pues esta lo notificó con anterioridad.
ii) El objeto contractual persiste.
iii) No cuenta con el permiso del inspector de trabajo para dar por terminado el contrato por justa causa.

5.4.11 Así las cosas, en el caso bajo estudio se encuentran acreditados las anteriores circunstancias, en primer lugar, la señora Forero Cuta, antes del vencimiento del plazo del contrato notificó a la Gobernación del Casanare que se encontraba en estado de gestación, para constancia de la anterior afirmación se aprecia a folio 13 del expediente[61], comunicación dirigida a la Secretaría de Agricultura y Medio Ambiente de la Gobernación del Casanare, mediante la

---

[58] En este caso, la accionante consideró que el Departamento Administrativo de Seguridad DAS –en supresión-, vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y a la estabilidad, como también el mínimo vital, la seguridad social y la salud, de ella y de su hijo, al no renovar el contrato de prestación de servicios, a pesar de encontrarse embarazada. La Corte determinó que la entidad demandada tenía pleno conocimiento del estado de gravidez de la solicitante, no se solicitó permiso al inspector del trabajo para terminar la relación contractual, no había expirado el plazo inicialmente previsto para el contrato, así las cosas revocó el fallo de primera instancia, tuteló los derechos fundamentales invocados y ordenó al DAS renovar el contrato de prestación de servicios con la accionante.

[59] En uno de los casos revisados, la Corte encontró probado que entre la accionante y la Fundación YRAKA existió un contrato de prestación de servicios, que la peticionaria había informado su estado a la entidad, con posterioridad a la culminación del contrato, y que la peticionaria se presentó a un nuevo proceso de selección, pero reprobó la prueba de conocimientos. Así las cosas, se revocó la sentencia de instancia, se concedió el amparo de los derechos deprecados, e igualmente, se ordenó a la accionada "reintegrar" a la accionante, y efectuar el pago de los honorarios dejados de percibir.

[60] En esta oportunidad, la Sala no encontró suficientes elementos para determinar la existencia de un contrato realidad, sin embargo, atendiendo el hecho que la contratante conocía del estado de gestación de su contratista, determinó que la terminación del vínculo contractual se dio como consecuencia de un acto discriminatorio. Adicionó que ya que la SU 070 de 2013 permite *"la asimilación de estas alternativas a una relación laboral sin condiciones específicas de terminación"*, era procedente ordenar se reconocieran las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento en que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad; y el reintegro de la mujer embarazada o la renovación de su contrato, a menos que se demuestre que el reintegro o la renovación no son posibles. Concretamente, no ordenó el reintegro porque la accionante no lo deseaba, sin embargo estableció que la accionada debía cancelar a la solicitante: (i) las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento en que adquirió el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad, y (ii) la indemnización equivalente a la remuneración de sesenta días (60) días de que trata el numeral 3º del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo.

[61] Cuaderno de primera instancia.

cual la accionante informa su estado de gestación 6 días antes de la terminación del contrato.

En segundo lugar, la ejecución del objeto contractual persiste, en razón a que la entidad accionada continuó suscribiendo contratos de prestación de servicios, los cuales tienen por objeto la recuperación de la capacidad reguladora de los caudales hídricos en las microcuencas que abastecen el sistema de agua potable de acueductos municipales del Departamento del Casanare[62].

Y en tercer lugar, la Gobernación del Casanare no obtuvo autorización del Ministerio del Trabajo para dar por terminado el contrato de prestación de servicios.

En tales consideraciones, esta Corporación advierte que en efecto existió vulneración al derecho a la estabilidad laboral reforzada de la señora Ayda Yadira Forero Cuta por parte de la Gobernación del Casanare, al abstenerse de renovar el contrato de prestación de servicios suscrito con la accionante[63], pese a que el objeto contractual del mismo persiste.

5.4.12 Se debe precisar que entre las modalidades de protección que se han adoptado en las providencias arriba referidas se encuentran la renovación de la relación contractual, el pago de los honorarios dejados de percibir, la indemnización y la licencia de maternidad; sin embargo, atendiendo las particularidades del caso, esta Sala solo ordenará el pago del porcentaje correspondiente a las cotizaciones realizadas al Sistema de Seguridad Social desde la fecha en la que no le fue renovado su contrato hasta la terminación de su período de lactancia; la cancelación de la licencia de maternidad, y la renovación del contrato de prestación de servicios, toda vez que según como quedó acreditado, se advierte que persisten la circunstancias iniciales que dieron origen a la relación contractual entre la señora Forero Cuta y la Gobernación del Casanare.

5.4.13 Por lo expuesto, la Sala revocará la sentencia proferida por la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal el 25 de abril de 2017, que revocó el fallo proferido por el Juzgado Segundo de Familia de Yopal, Casanare, el 3 de marzo de 2017, y en su lugar tutelará los derechos a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, a la seguridad social y al mínimo vital.

En consecuencia, se ordenará a la Gobernación del Casanare i) renovar la relación contractual con la accionante, ii) pagar los gastos de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, desde la fecha en la que no le fue renovado su contrato hasta la terminación de su período de lactancia[64] las

---

[62] Cfr. Folios 117 a 133 del cuaderno de primera instancia.

[63] El cual se encuentra enmarcado dentro del proyecto de recuperación de la capacidad reguladora de los caudales hídricos en las microcuencas que abastecen el sistema de agua potable de acueductos municipales del Departamento del Casanare.

[64] Febrero de 2017, de conformidad con los contratos que obran a folios 117 a 133 del cuaderno de primera instancia.

cuales se deberán calcular con base en el IBL sobre el cual cotizaba la señora Ayda Yadira Forero Cuta en el mes anterior a la terminación del vínculo contractual, y iii) pagar los honorarios dejados de percibir desde la fecha en que el contrato de prestación de servicios no fue renovado, hasta la fecha de notificación de la presente providencia.

Finalmente, esta Sala prevendrá a la Gobernación del Casanare, para que en lo sucesivo y atendiendo las consideraciones consignadas en esta providencia, se abstenga de vulnerar los derechos de las mujeres gestantes y lactantes derivados del fuero de maternidad.

5.5 Expediente T-6.408.988

En el caso bajo estudio se encuentran acreditados los siguientes hechos:

5.5.1 El 14 de enero de 2014, la señora Briches Corrales celebró contrato con el programa radial "El Corrillo de Mao", dirigido por el señor Mario Alfonso Escobar Izquierdo, para desempeñarse como voz comercial; la peticionaria debía presentarse en el horario de 7:30 a.m. a 8:30 a.m. y de 11:00 a.m. a 2:00 p.m., y ocasionalmente, cuando se presentaban encuentros deportivos de los equipos América de Cali y Deportivo Cali, debía trasladarse hasta los estadios para realizar la respectiva transmisión radial; como forma de remuneración se le asignaron dos cuñas publicitarias de 30 segundos; el día 1° de febrero de 2016, la señora Briches Corrales informó al señor Mario Alfonso Escobar Izquierdo que se encontraba en embarazo, y por ser el mismo de alto riesgo, solicitó una licencia por el término de 2 meses, sin embargo, la misma no fue concedida; el día 3 de octubre de 2016, la señora Briches Corrales fue desvinculada del programa radial.

En consideración a lo anterior, solicitó la protección de sus derechos fundamentales derivados de la protección especial por fuero de maternidad; la declaratoria de un contrato realidad; el reintegro a un cargo de iguales o mejores características al que venía desempeñado; así como de las sumas de dinero correspondientes a la de licencia de maternidad y la indemnización del artículo 238 del Código Sustantivo de Trabajo.

5.5.2 El accionado Mario Alfonso Escobar Izquierdo señaló que no existió contrato laboral con la accionante, sino que únicamente se trató de un contrato de prestación de servicios profesionales, en igual sentido se pronunció la representante legal de la sociedad Acertar Publicidad Ltda., empresa con la cual la emisora Red Sonora, suscribió un contrato de arrendamiento de un espacio radial con el fin de transmitir "El Corrillo de Mao", al cual se encontraba vinculada la peticionaria Olga Milena Briches.

5.5.3 Pues bien, corresponde entonces a la Sala determinar en primer lugar, si entre los sujetos procesales señalados, existió un contrato realidad encubierto bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios profesionales. Para lo propio, se enunciarán nuevamente los elementos esenciales del contrato laboral, como son la prestación personal, la subordinación y el salario.

En primer término, se aprecia que la actividad desarrollada por la señora Briches Corrales debía prestarse de manera personal, pues se desempeñaba como locutora y no podía delegar su función de voz anunciante en "El Corrillo de Mao", ello por cuanto el señor Mario Alfonso Escobar Izquierdo, como director del espacio radial, era el único encargado de autorizar las voces que podían participar *"en la mesa de trabajo"*[65].

En cuanto a la subordinación, elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo, se debe precisar que esta ha sido entendida como la potestad de gobierno que tiene el empleador respecto a su trabajador y que se concreta en la posibilidad de dirigir la actividad laboral a través de órdenes e instrucciones, así como en la imposición de reglamentos. En tal medida, el empleador tiene la facultad de determinar las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que se debe desarrollar la función.

En este caso se conoce[66] que la señora Briches Corrales seguía directrices del accionado en cuanto:

i) Al horario de trabajo previamente establecido, es decir, de 11:00 a.m. a 2:00 p.m. de lunes a viernes, el cual a su vez no podía ser modificado a conveniencia de la accionante.
ii) El lugar de trabajo, toda vez que normalmente se desarrollaba en las instalaciones de la empresa Acertar Publicidad Ltda.[67], pero también, según las directrices debía desplazarse hasta diversos escenarios deportivos, con el objetivo de cubrir los encuentros de los equipos de fútbol profesional de la región.
iii) El modo de ejecutar la función, en razón a que la accionante fue contratada para realizar un aporte periodístico al programa radial[68] lo que implica desarrollar tareas referentes a la transmisión de información o a la creación de opinión[69], pero también debía ser voz comercial y participar en la lectura de cuñas publicitarias, de acuerdo a la forma en que le fuera requerido por el accionado en cada ocasión.

En tales circunstancias, es claro que la peticionaria estaba sometida a las órdenes e instrucciones del señor Escobar Izquierdo respecto a dónde, cuándo y cómo debía prestar su servicio, toda vez que como director del programa radial establecía las condiciones de tiempo, modo y lugar de la función. En síntesis, se evidencia que el señor Mario Alfonso tenía la facultad de subordinación o gobierno sobre la señora Olga Milena Briches.

Finalmente, en relación al salario, como bien es sabido, el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 22 y 23, lo establece como aquella retribución del servicio prestado, cualquiera sea su forma, en dinero o en especie; así no

[65] Folio 16 del cuaderno de instancia.
[66] Estas afirmaciones se derivan de los hechos que no fueron negados por el accionante en el trámite de la acción.
[67] Folio 1 del cuaderno de instancia.
[68] Folio 138 del cuaderno de instancia.
[69] Definición de la Lengua Española de la Real Academia Española.

encuentra esta Sala impedimento alguno para señalar que las dos cuñas publicitarias asignadas a la accionante constituían su salario, pues en todo caso, las mismas son perfectamente cuantificables en dinero, e igualmente, constituyen la contraprestación económica a la actividad personal que realizaba, independiente de la denominación que se le dé.

No está por demás señalar, que el hecho que la remuneración no fuera pagada directamente por el empleador, no es suficiente razón para determinar la inexistencia de un contrato laboral, por el contrario, sí puede evidenciar el desconocimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo por parte del empleador, quien se valió de su posición dominante para obligar a su empleada a buscar patrocinadores y de esta manera obtener un salario, cuando en realidad era este quien debía efectuar el respectivo pago.

5.5.4 Las anteriores circunstancias demuestran la configuración de los elementos esenciales del contrato realidad. Sin embargo, el análisis debe continuar, pues se debe ahora precisar si es pertinente la protección de la estabilidad laboral reforzada de la accionante.

5.5.5 De conformidad con la jurisprudencia arriba transcrita, aprecia esta Corporación que en el asunto también se hallan los supuestos para la salvaguarda de las garantías fundamentales de la accionante, toda vez que:

i) Se determinó que existió una relación laboral con Acertar Publicidad Ltda., empresa que organiza la pauta publicitaria del Corrillo de Mao[70] y con el accionado director de "El Corrillo de Mao", sobre lo cual es menester precisar que está acreditado en el expediente que la entidad contrató con Red Sonora la concesión de un espacio para la emisión del programa radial "El Corrillo de Mao" y que el director de dicho programa es el señor Mario Alfonso Escobar Izquierdo, quien a su vez es accionista de la sociedad[71]; en tal medida, la Sala considera que la persona jurídica tanto como el señor Mario Alfonso fungen como empleadores de la señora Briches.

ii) En vigencia de la relación se encontraba en estado de gestación, ya que inició labores el 14 de enero de 2014, el 1º de octubre de 2016 dio a conocer su estado de gestación al empleador, y finalmente, el 3 de octubre de 2016, finalizó la relación laboral.

iii) No existió permiso del Ministerio del Trabajo para la terminación del vínculo contractual.

5.5.6 Con todo, ya que se ha evidenciado la existencia de un contrato realidad y de una actuación trasgresora de derecho a la estabilidad laboral reforzada de la accionante, se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, cuando el empleador **conoce** el estado de gestación, esto es, "*la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de*

[70] Folio 136 del cuaderno de instancia.
[71] Folio 41 y 42 del cuaderno de instancia.

percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.[72]*"*

5.5.7 En atención a lo dispuesto, y para efectos de la presente acción, esta Sala deberá declarar la existencia de un contrato laboral, y proferir la protección demanda por la señora Olga Milena Corrales Briches, en consecuencia, se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Penal con Función de Conocimiento de Santiago de Cali el 12 de julio de 2017, que revocó la sentencia emitida por el Juzgado Veintiocho Penal Municipal con Función de Control de Garantía de Cali el 22 de mayo de 2017, y en su lugar tutelará los derechos a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, a la seguridad social y al mínimo vital.

Igualmente, se ordenará a la sociedad Acertar Publicidad Ltda. y al señor Mario Alfonso Escobar Izquierdo: i) Reintegrar a la señora Olga Milena Briches Corrales a un cargo de iguales o mejores condiciones al que venía desarrollando antes del despido, ii) pagar los salarios dejados de percibir desde el 3 de octubre de 2016; (iii) pagar la indemnización prevista por el artículo 239, inciso 3º del Código Sustantivo del Trabajo, y (v) vincularla al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Finalmente, esta Sala prevendrá a la entidad contratante para que en lo sucesivo y atendiendo las consideraciones consignadas en esta providencia, se abstenga de vulnerar los derechos de las mujeres gestantes y lactantes derivados del fuero de maternidad.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR en el expediente T-6.402.183, la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín con Función de Conocimiento el 14 de junio de 2017, que confirmó el fallo proferido el 5 de mayo de 2017 por el Juzgado Trece Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, por las razones expuestas en esta providencia, y en su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Ana Hidalit Mondragón Cárdenas y de su hijo.

SEGUNDO. DECLARAR la ineficacia del despido de la señora Ana Hidalit Mondragón Cárdenas, y en consecuencia, se **ORDENA** a la Cafetería Restaurante La Mona, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas

[72] Sentencia SU-070 de 2013.

contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, (i) reintegre a la señora Ana Hidalit Mondragón Cárdenas a un cargo de igual o equivalentes condiciones al que venía desempeñando al momento de la terminación del contrato laboral, (ii) pagarle los salarios dejados de percibir entre la fecha de terminación de la relación laboral y la fecha de notificación de esta decisión, (iii) pagarle la indemnización prevista en el inciso 3º del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, (iv) reconocerle las demás prestaciones sociales a que haya lugar de acuerdo a la legislación colombiana vigente y, (iv) vincularla al Sistema General de Seguridad Social.

TERCERO. REVOCAR en el expediente T-6.421.433, el fallo proferido por el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá el 27 de julio de 2017, que confirmó la sentencia del 16 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Zipaquirá, por las razones expuestas en esta providencia, y en su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez y de su hijo.

CUARTO. DECLARAR la ineficacia del despido de la señora Jessica Magerly Santana Rodríguez, y en consecuencia, se **ORDENA** a HSEQ Multiservicios de la Sabana S.A.S., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, (i) reintegre a la señora Ana Hidalit Mondragón Cárdenas a un cargo de igual o equivalentes condiciones al que venía desempeñando al momento de la terminación del contrato laboral, (ii) pagarle los salarios dejados de percibir desde el 7 de abril de 2017 a la fecha de notificación de esta decisión, (iii) pagarle la indemnización prevista en el inciso 3º del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, (iv) reconocerle las demás prestaciones sociales a que haya lugar de acuerdo a la legislación colombiana vigente y, (iv) vincularla al Sistema General de Seguridad Social.

En su defecto, de conformidad con lo señalado en el fundamento jurídico nº. 5.3.2.12, del acápite del caso concreto de la presente providencia, se **ORDENA** a HSEQ Multiservicios de la Sabana S.A.S., que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, pague a la accionante (i) los salarios dejados de percibir desde el 7 de abril de 2017 a la fecha de notificación de la presente providencia, (ii) la indemnización prevista por el artículo 239, inciso 3º del Código Sustantivo del Trabajo, (iii) las demás prestaciones sociales a que haya lugar de acuerdo a la legislación colombiana vigente. Las anteriores obligaciones serán ingresadas dentro del proceso de reorganización o liquidación a los créditos de primer orden, de conformidad con lo establecido en el artículo 157 del Código Sustantivo del Trabajo.

QUINTO. REVOCAR en el expediente T-6.425.691, la sentencia proferida por la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal el 25 de abril de 2017, que revocó el fallo proferido por el Juzgado

Segundo de Familia de Yopal, Casanare el 3 de marzo de 2017, y en su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Ayda Yadira Forero Cuta.

SEXTO. ORDENAR a la Gobernación del Casanare que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, i) renueve la relación contractual con la señora Ayda Yadira Forero Cuta, ii) pague los gastos de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social desde la fecha en la que no le fue renovado su contrato hasta la terminación de su período de lactancia, las cuales se deberán calcular con base en el IBL sobre el cual cotizaba la señora Ayda Yadira Forero Cuta en el mes anterior a la terminación del vínculo contractual, y iii) pague los honorarios dejados de percibir desde la fecha en que el contrato de prestación de servicios no fue renovado, hasta la fecha de notificación de la presente providencia.

SÉPTIMO. REVOCAR en el expediente T-6.408.988, la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Penal con Función de Conocimiento de Santiago de Cali el 12 de julio de 2017, que revocó la sentencia emitida por el Juzgado Veintiocho Penal Municipal con Función de Control de Garantía de la misma ciudad, el 22 de mayo de 2017, y en su lugar conceder el amparo de los derechos a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Olga Milena Briches Corrales.

OCTAVO. **ORDENAR** a la sociedad Acertar Publicidad Ltda., y al señor Mario Alfonso Escobar Izquierdo, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, (i) reintegre a la señora Olga Milena Briches Corrales a un cargo de igual o similares condiciones al que venía desempeñando al momento de la terminación del contrato laboral, (ii) pague los salarios dejados de percibir entre el 3 de octubre de 2016 y la fecha de notificación de esta decisión, (iii) pague la indemnización prevista en el inciso 3º del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, (iv) reconozca las demás prestaciones sociales a que haya lugar de acuerdo a la legislación colombiana vigente y, (iv) vincularla al Sistema General de Seguridad Social.

NOVENO. PREVENIR a la Cafetería Restaurante La Mona, la empresa HSEQ Multiservicios de la Sabana S.A.S., la Gobernación del Casanare y a la sociedad Acertar Publicidad Ltda., para que en lo sucesivo y atendiendo a las consideraciones consignadas en esta providencia, se abstenga de vulnerar los derechos de las mujeres gestantes y lactantes derivados del fuero de maternidad.

Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto-Ley 2591 de 1991, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Con aclaración de voto

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO CARLOS BERNAL PULIDO

Referencia: Sentencia T-030 de 2018.
Expedientes T-6402183, T-6421433, T-6425691 y T-6408988.

Magistrado Ponente:
José Fernando Reyes Cuartas

En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión el día 12 de febrero de 2018, me permito presentar Salvamento Parcial de Voto en relación con el Expediente T-6.408.988, pues el estudio que se hace en la sentencia, para declarar que entre la accionante y la parte accionada, existió un contrato de trabajo no es adecuado, debido a que con los elementos fácticos y probatorios que obran en el expediente no se puede llegar a tal conclusión.

De un lado, el numeral 5.5.2 de la providencia se hace referencia a la respuesta de los accionados. Mario Alfonso Escobar indica que con la accionante existió un contrato de prestación de servicios profesionales. Así mismo, la representante legal de la Sociedad Acertar Publicidad Ltda, coincide al señalar que se trató de un contrato de prestación de servicios. A pesar de estas afirmaciones, en el fallo se declara la relación laboral con fundamento exclusivo en los hechos de la tutela.

De otro lado, la acción de tutela no es el escenario propicio para declarar la existencia de un contrato de trabajo cuando no se cuentan con los elementos probatorios necesarios. Por el contrario, es un asunto que le corresponde al juez laboral, quien luego de un exigente análisis y debate probatorio puede determinar si se está o no en presencia de una relación laboral.

La anterior conclusión no implica negar el amparo del fuero de maternidad de la tutelante, pues resulta claro, y en aplicación de los *subreglas* fijadas en la sentencia SU-070 de 2013, que la protección especial a la maternidad procede incluso bajo la modalidad del contrato de prestación de servicios.

Con el debido respeto,

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado