

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



JUZGADO TERCERO (3º) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D. C. Cuatro (4) de Octubre dos mil veintidós (2022). -

**Acción de Tutela Segunda Instancia
2022-1154 -01**

1. ASUNTO

Procede el Despacho a decidir la impugnación a que fue sometida la sentencia proferida el 24 de agosto de 2022 por el **Juzgado 7º de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá**, dentro de la acción de tutela promovida por **Nancy Moreno Silva** contra **Servicio de Gas Natural Colombia SAS**. Trámite al que se vinculó a Ministerio de Trabajo y EPS ECOOPSOS.

2. ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

2.1. El *a quo* concedió el amparo constitucional invocado por la promotora a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y al mínimo vital, y **ORDENO** a la sociedad **SERVICIO DE GAS NATURAL COLOMBIA S.A.S.**, que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia procediera con "... i) *El reintegro de la accionante al cargo de igual o mayor categoría al que tenía, ii) el pago de los honorarios dejados de percibir desde julio de la presente anualidad y hasta la fecha de culminación del contrato de prestación de servicios y iii) la cancelación de la licencia de maternidad...*" (Sic).

Conclusión a la que arribó tras advertir que a decir del precedente jurisprudencial a pesar de no estar acreditados los presupuestos para la configuración de un contrato realidad, por faltar la subordinación, toda vez que la protección reforzada a la mujer en estado de gestación procede de manera autónoma a la forma de vinculación, toda vez que en tratándose de un contrato de prestación de servicios en el presente caso: i) el empleador Conoce el estado de gestación de la contratista. ii) El objeto contractual persiste. Y iii) No cuenta con el permiso del inspector de trabajo para dar por terminado el contrato por justa causa; por lo que precisó precisar que si bien entre las modalidades de protección que se han adoptado en las providencias T-346 de 2013 , T-715 de 2013 , T-238 de 2015 y T-102 de 2016, se encuentran la renovación de la relación contractual, el pago de los honorarios dejados de percibir, la indemnización y la licencia de maternidad; en el caso concreto estima precedentes las indicadas en párrafo precedente, y de tal manera como quedó acreditado, advierte que persisten las circunstancias iniciales que dieron origen a la relación contractual entre la señora **MORENO SILVA** y la sociedad **SERVICIO DE GAS NATURAL COLOMBIA S.A.S.**, esto es, el contratista (accionante) será responsable del pago de la Seguridad Social en salud.

2.2. Inconforme con la decisión proferida por el *Juez de primer grado*, la representante legal de la sociedad demandada, impugnó el fallo de primer grado y reclamó su revocatoria, tras argüir que la terminación del contrato con la tutelante lo fue el incumplimiento de sus obligaciones desde el mes de junio de

2022, sin que exista prueba en el plenario que dé cuenta que la terminación fue unilateral imputable al contratante, por lo que el fallo de tutela carece de pruebas y las aseveraciones que se realizan al interior del mismo no corresponden a la realidad y el simple hecho de encontrarse en estado de embarazo no constituye un perjuicio irremediable sobre todo cuando no se han cumplido las metas por parte del uno de los contratantes y que si bien es cierto la señora NANCY MORENO SILVA comunicó a la empresa su estado de gravidez ello fue con posterioridad al mes de Junio donde se materializaron sus incumplimientos.

Adujo que, dada la naturaleza del contrato, que no reviste una relación de índole laboral de que trata el artículo 23 del C.S. del T., ni aun como contrato realidad, no era meritorio obtener permiso por parte del Ministerio de Trabajo para el despido, y por ese mismo motivo, no es cierto que la carga de cotización al S.G.S.S le corresponde exclusivamente al contratante, en este caso, a SERVICIOS DE GAS NATURAL S.A.S, como quiera que, la aquí accionante incumple con el deber legal que instituye la ley 100 del año 1993, junto con la ley 1753 del año 2015, pues corresponde en este caso a la accionante, quien evadió la misma pues según da cuenta certificación del ADRES, se encuentra en el régimen afiliada en el régimen subsidiado en ECOOPSOS EPS S.A.S., y por esas mismas razones no es dable reconocerle la licencia de maternidad como fue ordenado por el *a quo*.

2.3. La sociedad demandada en el mismo escrito de impugnación solicitó con fundamento en el artículo 169 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 184 Ib., la práctica de interrogatorio de parte tanto a la accionante como a la representante legal de la sociedad accionada para constatar hechos fundamentos de la demanda de tutela; pedimento que se torna improcedente, pues si bien es cierto a decir de lo normado en el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, el Juez de tutela tanto en primera como en segunda instancia puede decretar pruebas, lo cierto es que *“(i) si bien el recurso a las pruebas de oficio es un instrumento encaminado a que el juez conozca la verdad de lo sucedido, no puede convertirse en un medio para suplir indebidamente las graves carencias probatorias de las partes; y (ii) no se está en el caso de un sujeto de especial protección constitucional.”*¹. Razones por las cuales, en criterio del Despacho, en este segundo grado constitucional, se torne improcedente su práctica, decreto y valoración, porque además no se tornan necesarias, dado que es factible emitir decisión de fondo a partir de las probanzas obrantes en el expediente recaudado en el curso de la primera instancia.

2.4. Descendiendo al *sub examine*, corresponde a esta Juez constitucional determinar si el fallo de tutela, objeto de impugnación, se encuentra ajustado a los lineamientos legales y jurisprudenciales que se imponen para salvaguardar estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad.

Primeramente, memórese que en relación con la estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad, tratándose de contrato de prestación de servicios, en sentencia T 030 de 2018, la H. Corte Constitucional señaló que *“...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]

¹ Ver sentencia T 131 de 2017 de la Corte Constitucional

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

Así las cosas, prontamente advierte el Despacho, que pese a que tal como lo estimó el Juzgador de primer grado, no se acreditó la existencia de un contrato realidad, lo que podrá dilucidarse en todo caso ante la justicia ordinaria, se encuentran acreditados los presupuestos señalados, que permiten ubicar a la promotora como sujeto de especial protección amparada por el fuero de maternidad; véase que en primer lugar, que la señora Moreno Silva, antes del vencimiento del plazo del contrato de prestación de servicios suscrito con sociedad *Servicio De Gas Natural Colombia S.A.S.*, en el mes de julio le informó a la representante legal de ésta que se encontraba en estado de embarazo, según indicó en los hechos de la tutela, a través mensaje de wattssap, supuesto que no desvirtuó la tutelada; en segundo lugar, la ejecución del objeto contractual persiste, en razón a que a la fecha de terminación del vínculo laboral no había finalizado el mismo, que fue pactado inicialmente por 12 meses desde el pasado 22 de febrero de 2022, de manera que se dio por terminado el 18 de julio de 2022. Y en tercer lugar, la empresa impugnante no obtuvo autorización del Ministerio del Trabajo para dar por finalizada la relación contractual, pues teniendo la carga de hacerlo no aportó documental alguna que diera cuenta de ello.

Razones que permiten inferir que, al margen de la naturaleza de la relación contractual entre ambos extremos de este litigio constitucional, sí existió vulneración al derecho a la estabilidad laboral reforzada al proceder con la terminación anticipada del contrato de prestación de servicios suscrito con la accionante, con ocasión de su estado de gravidez, dado que el objeto contractual del mismo persiste.

Sin embargo, dada la controversia existente entre la naturaleza del contrato vigente entre las partes aquí accionante y accionada y atendiendo las particularidades del caso, como quiera que la sociedad accionada defiende que dada la naturaleza del contrato la carga de asumir el pago de seguridad social corresponde a la actora, quien no cumplió con la misma en la medida que según certificación del ADRES, se encuentra en el régimen subsidiado y siendo que no existe claridad en este escenario sobre existencia o no, de contrato realidad a partir del cual se le endilgue dicha obligación a *Servicio de Gas Natural SAS*, lo que se itera de manera definitiva deberá ventilarse ante la jurisdicción ordinaria laboral, procederá el Despacho a modificar el fallo de primer grado, en el entendido que de manera transitoria se ordenará únicamente el reintegro laboral de la querellante al mismo cargo o a otro de igual categoría, dada sus condición de gravidez, que la ubican como sujeto de especial protección, mientras que las partes agotan los recursos ordinarios ante la jurisdicción laboral o, si no lo hicieren, hasta que transcurran cuatro (4) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia.

Igualmente, atendiendo el referente jurisprudencial se torna necesario ordenar la protección a efectos de que se realicen los aportes al Sistema de Seguridad Social a la accionante junto con el *nasciturus*, los que a decir de las pruebas allegadas por la misma tutelada no se han materializado pues según certificación del ADRES, la actora se encuentra en el régimen subsidiado, brindándoseles una debida y oportuna atención, de acuerdo con los procedimientos, exámenes e insumos que su médico tratante disponga y hasta que el menor cumpla su primer año (1) de edad, por así regularlo el artículo 50 de la Carta Política y la Sentencia SU-075 de 2018², y se ordenará a **Servicio de Gas Natural Colombia SAS** que asuma las correspondientes afiliaciones o cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en salud desde la fecha que terminó el contrato y hasta que el *nasciturus* cumpla un (1) año de edad, las que se deberán calcular con base en el IBL sobre el que debía cotizarse en el mes anterior a la terminación del vínculo contractual; orden que continuará vigente siempre no haya restablecido una nueva vinculación laboral, pues en ese evento su nuevo empleador deberá asumir el pago de la seguridad social, así como su reintegro hasta la fecha de vencimiento.

Sumado a lo anterior, y en punto de los reparos de la sociedad accionada, conviene memorar que *“...el derecho a la estabilidad laboral reforzada por maternidad es de carácter cierto e indiscutible y, por tanto, no puede ser objeto de mutuo acuerdo o transacción entre las partes al momento de la finalización del contrato...”*³ De tal forma que al margen de las razones de terminación del vínculo, el supuesto incumplimiento contractual o la naturaleza del contrato, lo cierto es que la terminación es ineficaz, pues desconoce el fuero de maternidad, meritorio del amparo constitucional en los términos descritos de forma transitoria mientras los extremos de este litigio acuden ante la jurisdicción ordinaria laboral a dirimir sus diferencias en torno a la relación existente entre ellas, su naturaleza y alcances, en virtud del principio de subsidiariedad, pues el objeto de la acción ordinaria laboral -que no es otro que el de asegurar la garantía y protección de los derechos de los trabajadores- y examinando los resultados esperados de tal mecanismo judicial alternativo en materia de protección de los derechos invocados -como son el posible reintegro o indemnización en caso de comprobarse la vulneración de los derechos laborales de la actora-, es menester concluir que la acción ordinaria laboral es en principio idónea y efectiva para la protección de los derechos fundamentales invocados por la accionante, por cuanto el medio judicial al que aquí se alude, ante la jurisdicción ordinaria laboral, resulta ser procedente y eficaz, dado que hoy está regido por oralidad, que garantiza la pronta decisión.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

² “El artículo 50, que protege la particular situación en la que se encuentran los niños y niñas menores de un año de edad, en quienes la gravedad de los riesgos de morbilidad y mortalidad es sustancialmente más alta que en niños de mayor edad. Bajo la premisa de que constituye un imperativo garantizar la atención en salud a los infantes menores de un año, la Constitución estableció que aquellos que no estuvieren cubiertos por algún sistema de seguridad social deberán ser gratuitamente atendidos en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. De esta regla resulta que sería constitucionalmente inviable el que a algún niño pudiera limitársele la atención en salud durante su primer año de vida, bajo el argumento de ser insuficiente su tiempo de cotización.”.

³ VER Sentencia T 438 DE 2020 Corte Constitucional

RESUELVE:

3.1. MODIFICAR el numeral segundo de fallo de tutela adiado 24 de agosto de 2022, el cual quedará así:

"...SEGUNDO: ORDENAR a la sociedad **SERVICIO DE GAS NATURAL COLOMBIA S.A.S.** que, si aún no lo ha hecho, dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda únicamente de forma transitoria, con:

i) El reintegro de la accionante al cargo de igual o mayor categoría al que tenía, de forma transitoria, mientras que las partes agotan los recursos ordinarios ante la jurisdicción laboral o, si no lo hicieren, hasta que transcurran cuatro (4) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia.

ii) Asegurar afiliación o los gastos de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social para asegurar la prestación del servicio de salud que requiera la señora Nancy Moreno Silva desde la fecha en que se produjo la terminación de contrato laboral y hasta que el nasciturus cumpla un (1) año de edad, las que se deberán calcular con base en el IBL sobre el que debía cotizarse en el mes anterior a la finalización del vínculo contractual; orden que continuará vigente siempre no haya restablecido una nueva vinculación laboral, pues en ese evento su nuevo empleador deberá asumir el pago de la seguridad social, así como su reintegro hasta la fecha de vencimiento."

En lo demás el fallo se mantendrá incólume.

3.2. NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes y demás interesados por el medio más expedito.

3.3. Remítanse las diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LILIANA CORREDOR MARTÍNEZ
JUEZ

Kpm