Magangué, Bolívar, Diciembre ocho (8) de dos mil veinte (2020).

Referencia: Acción de Tutela – Primera Instancia
Accionante: YELIS MERCEDES VILLACOB CARMONA
Accionados: OUTSOURCING S.A, UNIDAD PARA LA ATENCION Y REPARACION A VICTIMAS --UARIV
Radicado: 13-430-31-03-002-2020-00081-00.

Procede este Despacho a resolver acción de tutela de la referencia por la presunta vulneración a los derechos fundamentales constitucionales la igualdad, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al mínimo vital.

I. ANTECEDENTES.

A. LA DEMANDA.

1. Pretensiones.

La accionante solicita que, a través de esta acción constitucional, sean tutelados sus derechos fundamentales la igualdad, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al mínimo vital.

Que como consecuencia de lo anterior, se ordene al accionado OUTSOURCING S.A., y si hubiere lugar a la UNIDAD PARA LA ATENCION Y REPARACION A VICTIMAS, a que en la menor brevedad posible haga reembolso de los dineros faltantes de la licencia de maternidad la cual no fue pagada en un 100%.

Asimismo solicita que se ordene al accionado OUTSOURCING S.A, y si hubiere lugar a la UNIDAD PARA LA ATENCION Y REPARACION A VICTIMAS, el reintegro laboral, a un cargo en similares o mejores condiciones a las que tenía al momento de la terminación del contrato, la indemnización correspondiente a 60 días de salario por omitir el trámite de autorización del despido ante el Ministerio del Trabajo y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha del despido hasta su reintegro.

2. Hechos relevantes.

1. La accionada indica haber estado vinculada mediante contrato de obra o labor con la empresa OUTSOURCING S.A. teniendo el cargo de asesor para atención a las víctimas del conflicto armado.

2. Que la empresa OUTSOURCING S.A. ejecutaba la orden especifica de

compra No.34928 con la UNIDAD PARA LA ATENCION Y REPARACION A VICTIMAS, y que dicho contrato finalizaba el 27 de diciembre de 2019.

3. Asegura la actora que, siendo el mes de noviembre, comunica su estado de embarazo a los accionados. Por lo anterior la empresa OUTSOURCING S.A. envió un correo institucional a la accionante donde establece que mantendrá el contrato de trabajo por el tiempo del embarazo y la licencia de maternidad, reubicándola de manera temporal y que una vez se termine su protección legal el contrato de trabajo se daría por terminado.

4. Que su licencia de maternidad fue desde el 17 de julio al 19 de noviembre de 2020, periodos en los cuales se causaron los respectivos pagos de licencia de maternidad, sin embargo dichos pagos se realizaron de manera incompleta. Situación que puso en conocimiento de su empleador, quien le informó que la licencia de maternidad está en cabeza de la EPS y debido a que presento una incapacidad 8 días antes del parto hubo afectación del IBC.

5. Informa haber presentado una acción de tutela contra la EPS COOSALUD y OUTSOURCING S.A bajo el radicado13 430 40 89 003 2020 00245 00, tramitada por el JUEZ TERCERO PROMUSCUO MUNICIPAL DE MAGANGUE, en donde la EPS manifiesta que una vez liquidada realizarán el reembolso de la licencia de maternidad.

6. La accionante acude nuevamente a su empleador OUTSOURCING S.A. a manifestar que la EPS aún no ha hecho ningún reembolso del dinero. Así mismo, puso en conocimiento a la coordinadora del servicio ciudadano de la UNIDAD PARA LA ATENCION Y REPARACION DE LAS VICTIMAS en donde le manifestaron haber escalado la situación con la unidad y que ya estaba en el área de la subdirección de reparación de la UARIV.

7. Alega que a fecha del 08 de octubre a través de correo electrónico institucional de OUTSOURCING S.A., la accionante solicitó información respecto a la vigencia de su contrato manifestando que, aunque la licencia de maternidad acababa, su periodo de protección legal aun no acaba debido a que se encontraba en un periodo de lactancia, pero no recibió contestación alguna y por ello procedió a enviar nuevamente la comunicación a través de correo el día 17.

8. Que recibió un llamado del área encargada, en donde le manifestaron de manera verbal que su contrato laboral seria prorrogado por lo menos por tres meses más pero que no me respondía de manera formal (vía correo electrónico) porque se comprometían con esa respuesta.

El día 19 de noviembre de 2020 culmina la licencia de maternidad y su jefe inmediato manifiesta que de talento humano autorizaron la terminación del contrato sin previo aviso y le notifican que su contrato laboral queda terminado el día 20 de noviembre del año en curso. La justificación por parte de OUTSOURCING S.A. es que por ser un contrato de obra o labor el contrato de la actora estaba atado a la orden de

compra contratada y que esta había expirado el 27 de diciembre de 2019. Sin embargo, OUTSOURCING S.A. sigue teniendo la ejecución de la parte operativa de la atención a víctimas del conflicto armado con una nueva orden de compra con la UARIV la cual es la N° 43583. Es decir, el objeto del contrato como tal no ha acabado solo cambio la orden de compra entre OUTSOURCING S.A. y la UARIV pues el cargo que tenía con la empresa no ha desaparecido.

B. **LA DEFENSA.**

La accionada UNIDAD PARA LA ATENCION Y REPARACION A VICTIMAS -UARIV contestó esta acción constitucional, vía correo electrónico institucional, a través de su asesor jurídico, VLADIMIR MARTIN RAMOS, quien se manifestó sobre cada uno de los hechos de la tutela, indicando que no le consta que la accionante y OUTSOURCING S.A. hayan celebrado contrato de obra o labor, de igual forma señala que no reposa en sus archivos constancia de la maternidad de la accionante, ya que esta no es trabajadora de la unidad de víctimas, y terminan manifestándose sobre los hechos concluyendo que con OUTSOURCING S.A. solo tienen órdenes de compras, y no una relación laboral.

En el informe también se oponen a las pretensiones de la accionante ya que esta accionada no ha tenido ningún vínculo con laboral con ella y concluyen solicitando la improcedencia de la acción constitucional.

Por su parte la accionada OUTSOURCING S.A. , no allegó informe sobre los hechos de la acción de tutela, pese a haber sido debidamente notificados vía correo electrónico tal como se puede constatar en el archivo 03 del expediente digital.

C. **TRÁMITE IMPARTIDO A LA ACCIÓN.**

La presenta acción de tutela, fue asignada a este Juzgado a través de reparto del día 24 de noviembre del año que discurre, avocándose su conocimiento, el día 25 de noviembre del 2020 y ordenándose a los representantes legales de las accionadas, que el termino de 48 horas se pronunciara o rindiera un informe sobre hechos expuestos por la actora.

II.CONSIDERACIONES.

A. COMPETENCIA.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, corresponde a este Juzgado resolver la tutela presentada por la parte accionada dentro del asunto de la referencia.

B. PROBLEMA JURIDICO.

El problema jurídico en este asunto gira en torno a establecer si los accionados OUTSOURCING S.A, UNIDAD PARA LA ATENCION Y REPARACION A VICTIMAS --UARIV vulneraron los derechos fundamentales constitucionales la igualdad, al

trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora YELIS MERCEDES VILLACOB CARMONA.

C. TESIS.

El Juzgado adoptará tesis negativa frente al problema planteado, en razón a que la accionante no logró demostrar que la terminación del vínculo contractual haya sido como consecuencia de su estado de gestación.

D. MARCO JURIDICO.

En la Constitución Política de 1991 se ha instituido la acción de tutela, como aquel mecanismo preferente y sumario del cual puede hacer uso cualquier persona que considere vulnerados o amenazados sus derechos constitucionales fundamentales por la acción u omisión de cualquier autoridad pública e incluso de un particular.

Pese a la informalidad de esta acción, su procedencia se encuentra sujeta a la reunión de ciertos requisitos, que son los siguientes:

- Que exista un derecho fundamental;
- Que ese derecho sea objeto de vulneración o amenaza y,
- Que no exista otro mecanismo judicial para su protección, salvo que la acción se interponga en forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

DEL DERECHO AL MÍNIMO VITAL.

La Corte Constitucional mediante la Sentencia T-678-17 ha definido el mínimo vital como: *"El derecho al mínimo vital ha sido definido por esta Corte como la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional".*

En esta misma línea, y en la misma jurisprudencia, se siguió definiendo el derecho fundamental al mínimo vital, indicando: *"en ese sentido, el mínimo vital constituye un presupuesto básico para el efectivo goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales, en tanto salvaguarda de las condiciones básicas de subsistencia del individuo. El reconocimiento del derecho al mínimo vital encuentra su fundamento en el concepto de dignidad humana, pues es claro que la carencia de las condiciones materiales mínimas necesarias para garantizar la subsistencia del individuo, comporta la negación de la dignidad que le es inherente. Igualmente, este derecho se proyecta en otros derechos fundamentales como la vida (Art. 11 C.P.), la salud (Art. 49 C.P.), el trabajo (Art. 25 C.P.) y la seguridad social (Art. 48 C.P.). De esta forma, la protección al mínimo vital se configura una de las garantías de mayor relevancia en el Estado Social de Derecho"*.

MUJER EMBARAZADA EN CONTRATOS DE OBRA O LABOR.

Sobre este concepto, la Corte Constitucional ha unificado criterios, en relación a la situación de las mujeres en estado de embarazo cuando se encuentran vinculadas laboralmente mediante contrato de obra o labor; en Sentencia SU – 075 de 2018 indicó:

> *"(i) Cuando el empleador conoce del estado de gestación de la trabajadora, pueden presentarse dos situaciones: a. Que la desvinculación ocurra antes del vencimiento de la terminación de la obra o labor contratada sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero de maternidad y lactancia 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. Que la desvinculación tenga lugar al vencimiento del contrato y se alegue como una justa causa la terminación de la obra o labor contratada: En este caso el empleador debe acudir antes de la terminación de la obra ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y las 18 semanas posteriores. No obstante, si dicho funcionario establece que no subsisten las causas que originaron el vínculo, se podrá dar por terminado el contrato y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si el empleador 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 no desaparecen, valoración que puede efectuarse en sede de tutela. Adicionalmente, para evitar que se desconozca la regla de acudir al inspector de trabajo, si no se cumple este requisito el empleador puede ser sancionado con el pago de los 60 días de salario previsto en el artículo 239 del C.S.T. (ii) Cuando existe duda acerca de si el empleador conoce el estado de gestación de la trabajadora, opera la presunción de despido por razón del embarazo consagrada en el numeral 2 del artículo 239 del CST. No obstante, en todo caso se debe garantizar adecuadamente el derecho de defensa del empleador, pues no hay lugar a responsabilidad objetiva. (ii) Cuando el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada. Por consiguiente, no se podrá ordenar al empleador que sufrague las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social durante el periodo de gestación, ni que reintegre a la trabajadora desvinculada ni que pague la licencia de maternidad. Sin perjuicio de lo anterior, con el monto correspondiente a su liquidación, la trabajadora podrá realizar las cotizaciones respectivas, de manera independiente, hasta obtener su derecho a la licencia de maternidad. Así mismo, podrá contar con la protección derivada del subsidio alimentario que otorga el ICBF a las mujeres gestantes y lactantes y afiliarse al Régimen Subsidiado en salud. Así, para la eventual discusión sobre la configuración de la justa causa, se debe acudir ante el juez ordinario laboral".*

PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES DE TUTELA.

La acción de tutela, muy a pesar de ser un mecanismo preferente e informal, a lo largo de la jurisprudencia constitucional, ha sentado unos requisitos para que esta

sea procedente, o cumplir requisitos de procedencia, en diferentes sentencias, como en la T – 091 de 2018, han definido estos requisitos.

Antes de pronunciarse de fondo sobre el caso concreto, es deber del juez constitucional verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, a saber: *(i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva, (ii) la inmediatez y (iii) la subsidiariedad.*

Legitimación en la causa

Como se señaló en el párrafo 30, el artículo 86 de la Constitución prevé que toda persona puede ejercer la acción de tutela para lograr la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En este sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela puede ser ejercida *"por cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales",* quien podrá actuar por sí misma, mediante representante o apoderado judicial, agente oficioso, el Defensor del Pueblo o los personeros municipales. Este requisito de procedencia tiene por finalidad garantizar que quien interponga la acción tenga un *"interés directo y particular"* respecto de las pretensiones elevadas, de manera que el juez constitucional pueda verificar que *"lo reclamado es la protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro"*. A su vez, esta acción debe ser ejercida en contra del sujeto responsable de la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sea este una autoridad pública o un particular

(ii) Inmediatez

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable y proporcionado, a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. El requisito de la inmediatez tiene por finalidad preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados.

Con el fin de orientar la labor del juez de tutela, la jurisprudencia constitucional ha identificado cinco criterios que ayudan a determinar, en cada caso, el cumplimiento del requisito de inmediatez: (i) la situación personal del peticionario, que puede hacer desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve; (ii) el momento en el que se produce la vulneración, ya que pueden existir casos de violación permanente de derechos fundamentales; (iii) la naturaleza de la vulneración, pues la demora en la presentación de la tutela puede estar relacionada, precisamente, con la situación que, según el accionante, vulnera sus derechos fundamentales; (iv) la actuación contra la que se dirige la tutela, ya que si se trata de una providencia judicial, el análisis debe ser más estricto, y (v) los efectos de la tutela en los derechos de terceros, quienes tienen la expectativa legítima de que se proteja su seguridad jurídica.

(**iii) subsidiariedad**

Implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre este tema la Corte Constitucional ha señalado que las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, nuestro máximo órgano constitucional ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:

(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como **mecanismo definitivo**; y,

(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.

H. CASO CONCRETO.

Procedencia de la acción de tutela.

Como ya se ha mencionado anteriormente, antes de establecer si existe o no vulneración de los derechos fundamentales de la actora, se hace necesario establecer si es procedente o no la acción de tutela. Para realizar dicho estudio, nuestro máximo órgano constitucional ha establecido una serie de requisitos, los cuales se pasan a analizar en el caso en concreto a continuación:

1. Legitimación en la causa por activa y por pasiva.

Conforme al artículo 86 de la Carta Política, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

En el caso objeto de estudio, se encuentra acreditado que la accionante YERLIS MERCEDES VILLACOB CARMONA tiene *legitimación por activa* para formular la acción de tutela de la referencia, toda vez que es la ex trabajadora quien reclama la protección de sus propios derechos constitucionales fundamentales, presuntamente vulnerados por los accionados.

Por su parte, la legitimación por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado,

pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso.

De conformidad con la documental visible a folio 15, 19 y 28 queda comprobado que entre la actora YELIS MERCEDES VILLACOB CARMONA y OUTSOURCING S.A. existió un vínculo contractual, y que dicho contrato estaba supeditado a la ejecución de la orden de compra No.34928 a favor de la UNIDAD PARA LA ATENCION Y REPARACION A LAS VICTIMAS-UARIV. Por consiguiente, se encuentra demostrada la *legitimación por pasiva* de los particulares demandados.

2. Inmediatez.

El principio de inmediatez previsto en el artículo 86 Superior, es un límite temporal para la procedencia de la acción de tutela. De acuerdo con este mandato, la interposición del amparo debe hacerse dentro de un plazo razonable, oportuno y justo, toda vez que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha establecido que, para verificar el cumplimiento del requisito de inmediatez, el juez debe constatar si el tiempo trascurrido entre la supuesta violación o amenaza y la presentación de la acción de tutela es razonable.

Particularmente, en las acciones de tutela encaminadas a obtener la protección del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de gestación, la jurisprudencia ha valorado, alternativamente, dos aspectos para establecer el cumplimiento de la exigencia de inmediatez: (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.

Así las cosas, al verificar si la accionante cumplió con el requisito de inmediatez, se encuentra que la señora VILLACOB CARMONA manifestó que se encontraba vinculada mediante contrato de obra o labor con la empresa OUTSOURCING S.A. en el cargo de asesor para atención a víctimas del conflicto armado; que OUTSOURCING S.A. ejecuta la orden específica de compra N° 34928 con la UNIDAD PARA LAS VICTIMAS en donde se efectúa toda la parte operativa de atención a víctimas cuyo contrato termina el 27 de Diciembre de 2019, es decir, que su contrato de obra o labor que se encontraba supeditado a la orden específica de compra N° 34928 con la UNIDAD PARA LAS VICTIMAS finalizaba el día 27 de diciembre del 2019.

Que su licencia de maternidad finalizaba el día 19 de noviembre del 2020 y al día siguiente 20 de noviembre del 2020 su jefe inmediato de talento humano le manifestó de su terminación del contrato.

Por lo anterior, y al considerar vulnerados sus derechos fundamentales presentó acción constitucional el día 24 de noviembre del 2020, luego de haber transcurrido

solo 4 días del despido, por consiguiente, en el asunto de la referencia se cumplió con el requisito de inmediatez.

3. Subsidiariedad

El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, la H. Corte Constitucional ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad, tal como ya se indicó en parágrafos anteriores:

*(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo ni eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo;*
*y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.*

Adicionalmente, cuando 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 rigurosos[1].

Así las cosas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que aunque en principio la acción de tutela (dada su naturaleza subsidiaria), no es el mecanismo adecuado para solicitar el reintegro laboral y el pago de las acreencias derivadas de un contrato de trabajo, en los casos en que el accionante sea titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada por encontrarse en fuero de maternidad o lactancia, la acción de tutela pierde su carácter subsidiario y se convierte en el mecanismo de protección preferente.

En este orden de ideas, la procedencia del amparo constitucional se justifica en la necesidad de un mecanismo célere y expedito que permita dirimir esta clase de

[1] Corte Constitucional Sentencia SU075/18. M.P. Dra.: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

conflictos, en los cuales se vea inmerso un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de la madre gestante.

En el caso en concreto tenemos que la señora YELIS MERCEDES VILLACOB CARMONA quien considera vulnerados sus derechos fundamentes, solicita el reintegro laboral, el pago completo de su licencia de maternidad y el pago de los salarios dejados de percibir desde su despido. Así las cosas y estando en presencia de una mujer en estado de lactancia es claro que resulta una carga desproporcionada exigirle acudir a la jurisdicción ordinario laboral, con la cual se desconocería su condición de sujeto de especial protección constitucional, máxime frente a quien alega ser madre soltera a quien se le está generando un perjuicio en su economía, que se ve reflejado en los gastaos de su hija menor de edad, sujeto especial de protección, y por consiguiente los de su hogar.

De esta forma, en razón de las circunstancias de la actora y su condición de gestante al momento de interposición del amparo, los mecanismos ordinarios carecen de la idoneidad necesaria para la defensa integral e inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados, por lo que procede la acción de tutela.

De conformidad con las ponderaciones ya expuestas, queda clara la procedencia de la presente acción constitucional por lo que procedemos a realizar el estudio de las pretensiones a continuación.

(i) la primera de las pretensiones de la presente acción constitucional es la referente al reembolso de los dineros faltantes de la licencia de maternidad la cual no fue pagada en un 100%, a juicio de la accionada. Sea lo primero indicar que, con la acción de tutela no fue presentada prueba documental alguna que hiciera referencia al pago incompleto de la licencia de maternidad de la señora YELIS MERCEDES VILLACOB CARMONA, más allá que su dicho.

Dicho lo anterior, se pone de presente que la misma actora indicó en su escrito de tutela, acápite de hechos, haber presentado otra acción constitucional resuelta por el JUZGADO TERCERO PROMICUO MUNICIPAL DE MAGANGUÉ e identificada con el radicado 13 430 40 89 003 2020 00245 00 contra la EPS COOSALUD y, la también accionada en esta tutela, OUTSOURCING S.A.

Asimismo la actora aporta como prueba el fallo de tutela de la mencionada acción constitucional donde se lee con claridad en el acápite de pretensiones que la actora solicitó en aquella acción de tutela que *“se ordene a COOSALUD Y OUTSOURCING S.A.S. realice la devolución de los dineros dejados de pagar por concepto de la licencia de maternidad, el cual está siendo liquidada de manera incorrecta.”*

Lo anterior implica que la señora YELIS MERCEDES VILLACOB CARMONA solicitó tanto en esta acción constitucional, por lo menos una de sus pretensiones, como en la tutela de radicado 13 430 40 89 003 2020 00245 00, el reembolso de los dineros faltantes de la licencia de maternidad tema sobre el que ya se pronunció el JUEZ TERCERO PROMISCUO DE MAGANGUÉ en su función de Juez Constitucional.

Siendo así las cosas esta situación fue atendida por el Juez constitucional en sentencia del 5 de noviembre del 2020 donde resolvió declarar la improcedencia del acción que fue dirigida contra las accionadas COOSALUD Y OUTSOURCING S.A.S.

No obstante lo anterior, como quiera que en aquella oportunidad no se presentó la tutela contra la UNIDAD PARA LA ATENCION Y REPARACION A VICTIMAS y que además la sentencia de tutela resolvió la improcedencia, habrá de estudiarse la solicitud.

Sea del caso establecer que la acción de tutela procede frente a la vulneración de los derechos fundamentales ante la acción u omisión del accionado. Pues bien, en el presente caso la señora YELIS VILLACOB asegura que su licencia de maternidad no le fue cancelada en su totalidad y alega que a la fecha las accionadas aun le deben el dinero correspondiente a la licencia de maternidad.

Sea o primero establecer que además de su dicho, la actora no aportó prueba alguna que demostrara dicha afirmación pues solo aporta dos comprobantes de pago del mes de agosto y septiembre; adicional a ello, y tal como ya es de conocimiento de la misma actora, las licencias de maternidad se encuentran a cargo de la respectiva EPS y no del empleador.

Siendo así las cosas, esta situación de imponer la obligación a la EPS de reconocer el pago de la licencia de maternidad pagada de manera incompleta, ya fue objeto de estudio en la tutela con radicado 13 430 40 89 003 2020 00245 00 presentada contra las accionadas COOSALUD Y OUTSOURCING S.A.S., y por lo tanto no hay lugar a realizar un nuevo estudio respecto al mismo tema que ya fue debatido en otra acción constitucional.

En lo que respecta a la solicitud de reintegro es de indicar que la H. Corte Constitucional de antaño han previsto medidas encaminadas a la promoción de la igualdad de las mujeres trabajadoras, las cuales han derivado en un fuero de maternidad y lactancia. Así, el fuero de maternidad es una regulación legal con el fin de lograr una igualdad y la especial protección a la mujer embarazada de los cuales se deriva el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada.

En la actualidad, el fuero de maternidad se encuentra previsto primordialmente en los artículos 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales contienen distintas medidas de protección entre las que se encuentran la prohibición del despido a las mujeres por motivo de embarazo o lactancia y precisa que dicha desvinculación únicamente puede realizarse con "*la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa" (artículo 239 CSTYSS);* Por su parte el artículo 240 del mismo cuerpo normativo, dispone que, para que sea legal el despido de una trabajadora durante el período de embarazo "*o los tres meses posteriores al parto"*, el empleador necesita la autorización del inspector del trabajo.

Asimismo, encontramos que el numeral 2° del artículo 239 del CST establece una presunción, de conformidad con la cual se entiende que el despido efectuado dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto tuvo como motivo o causa el embarazo o la lactancia.

Con todo lo anterior, lo que busca el legislador a través de la regulación legal del fuero de maternidad y lactancia es garantizar, a través de diversas medidas, el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres con alguna de esas condiciones. Sin embargo, es del caso dejar muy claro que el fuero de maternidad no constituye una prohibición absoluta de terminación del contrato sino que, debido a las particulares condiciones de la mujer gestante o lactante, se impone una formalidad adicional, consistente en el requisito de acudir al Ministerio del Trabajo.

Adicional a lo anterior, es importante señalar que el fuero de maternidad se extiende desde el momento en que la trabajadora se encuentra en estado de gestación hasta que culmina el período de lactancia previsto en el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo, pues así lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha distinguido entre la presunción de desvinculación en razón del embarazo (prevista en el numeral 1° del artículo 239 del CST) y la extensión de la garantía de ineficacia del despido (contenida en el artículo 241 del CST)[2]

En tal sentido, la presunción de que la terminación del contrato se debió al estado de gravidez únicamente es aplicable en el período de gestación y dentro de los tres meses posteriores al parto. No obstante, ello no quiere decir que el empleador pueda desvincular injustamente a una trabajadora al inicio del cuarto mes posterior al parto, o cuando haya culminado el término de su licencia de maternidad. Por el contrario, lo que ocurre es que desaparece la presunción de que el despido fue motivado en el embarazo.

De este modo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia explicó que "*en el segundo trimestre posterior al parto, y por efecto del uso de los períodos de descanso por lactancia, permanece vigente la protección a la trabajadora lactante, pero la distribución de la carga de la prueba para acreditar el móvil del despido se rige por la fórmula ecuménica del artículo 177 del CPC (…), hoy prevista por el artículo 167 del CGP"*. En esta medida, se aplica la regla general según la cual incumbe al demandante probar aquello que alega.

Por tanto, aunque la presunción según la cual la terminación del contrato se debió a la condición de gestante culmina transcurrido el tercer mes posterior al parto, la protección a la trabajadora lactante se mantiene. Así, durante las semanas siguientes a dicho período, mientras la trabajadora goce de su licencia de maternidad (que asciende a 18 semanas en total) y en el término de la lactancia, se conserva la garantía de estabilidad laboral reforzada en los términos del artículo 241 del CST, pese a que no es aplicable la presunción de despido por causa del embarazo.

[2] Ibídem. Sentencia SU075/18.

Con respecto a dicha presunción del numeral 2.º del artículo 239 del CST, bajo la cual se entiende que el despido se ha efectuado por motivo del embarazo o lactancia cuando ha tenido lugar en el período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto y sin que medie autorización de la autoridad administrativa del trabajo, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, en Sentencia SL1319-2018, que se remite a su vez a la Sentencia SL4280-2017, señaló:

> *"Tal distinción sirve para dejar claro que la mentada protección obra en favor de la trabajadora lactante con el objeto de garantizar la estabilidad y continuidad del vínculo laboral que le ata al empleador durante el semestre siguiente al parto, de modo que no puede afectarse su ejecución durante tal período por el mero estado o condición de trabajadora lactante, pues de ocurrir ello el despido no puede producir ningún efecto, esto es, la declaración judicial de tal móvil censurable y perverso dará derecho a la trabajadora para ser restituida al mismo estado en que se hallaría si no hubiese existido el acto del despido, siguiendo así las voces del artículo 1746 del Código Civil colombiano.*
>
> *En tanto, la presunción prevista en el numeral 2 del artículo 239 del mismo CST tiene por objeto relevar a la trabajadora de la carga de probar que el motivo del despido efectuado en el trimestre siguiente al parto lo fue su condición o estado de lactante, con lo cual traslada al empleador la carga de probar que lo hizo soportado en una de las justas causas establecidas en los artículos 62 y 63 del CST y una vez agotado en debida forma el procedimiento exigido por el artículo 240 ibídem. De forma que, de no derruir el empleador la aludida presunción edificada por el legislador en beneficio de la trabajadora lactante, el despido se tiene por ineficaz con las consecuencias ya señaladas. Luego, en el segundo trimestre posterior al parto, y por efecto del uso de los períodos de descanso por lactancia, permanece vigente la protección a la trabajadora lactante, pero la distribución de la carga de la prueba para acreditar el móvil del despido se rige por la fórmula ecuménica del artículo 177 del CPC, vigente para la época en que se tramitaron las dos instancias del proceso, hoy prevista por el artículo 167 del CGP."*[3]

Ahora bien, la ley prevé la protección laboral de estabilidad en el trabajo y también otra protección derivada del Sistema de Seguridad Social Integral para mantener los ingresos de la madre durante el tiempo que permanezca sin acudir a realizar sus labores por ese motivo. En el primer caso, el legislador limita la facultad del empleador de terminar el contrato de trabajo de estas trabajadoras al periodo del embarazo y la lactancia hasta seis meses después del parto, término en el que se presume que la desvinculación obedece a la maternidad, con la salvedad que durante los tres primeros meses la presunción opera en favor de la trabajadora.

Cuestión diferente acontece con la protección prevista en el artículo 236 del CST, hoy a cargo del Sistema de Seguridad Social por virtud de la subrogación del empleador (Ley 100 de 1993), que consiste en el pago de un descanso remunerado, que actualmente es de 18 semanas (Ley 1822 de 2017); las cuales se contabilizan en la época del parto, que se conoce como licencia de maternidad, y

[3] Corte Suprema de Justicia Sentencia SL1319-2018. M.P. Dr.: FERNANDO CASTILLO CADENA.

la cual no tiene nada que ver con la protección establecida en el fuero de maternidad y/o lactancia que imposibilita el despido sin justa causa y sin previa autorización del Ministerio.

Lo anterior permite inferir que el periodo al que corresponda la licencia de maternidad no es un factor preciso para aplicar la presunción prevista en el numeral 2.º del artículo 239 del CST, para los tres meses posteriores al parto, sin que ello torne ilusoria la protección.

Ahora bien, nuestro máximo órgano constitucional unió los criterios entorno a la estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad protegida a través de las acciones constitucionales, esto a través de la Sentencia SU-070 de 2013, la cual unificó los criterios que sostuvieron las distintas Salas de Revisión de esa Corte y sistematizó las pautas normativas aplicables al asunto. En este sentido, la Sala Plena de la Corporación en cita, estableció dos reglas principales en relación con esta materia:

> *"(i) La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo* ***procede cuando se demuestre****, sin ninguna otra exigencia adicional, lo siguiente:*
>
> *(a) La existencia de una relación laboral o de prestación y;*
>
> *(b) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.*
>
> *(ii) No obstante, el* ***alcance de la protección*** *se debe determinar a partir de dos factores:*
>
> *(a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador; y*
>
> *(b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada"*[4].

En otras palabras, es de vital importancia, para que proceda el fuero de maternidad, que el empleador tenga conocimiento del estado de gestación de la trabajadora, el tiempo en que se haya realizado el despido, y si bien también tendrá mucha importancia la modalidad del contrato de trabajo en el cual se hallaba vinculada la trabajadora, lo cierto es que en la realidad no importa la modalidad contractual que haya vinculado a las partes, ya que siempre prevalecerá la protección a la mujer en estado de embarazo o lactancia.

Es decir, es irrelevante si se trata de un contrato de trabajo a término fijo, indefinido, por obra o labor determinada o a través de una cooperativa de trabajo asociado, pues el objetivo de la figura es proteger los derechos de la madre gestante, sin importar la alternativa laboral en la cual se desempeñe.

[4] Op.Cit. Sentencia Sentencia SU075/18

De esta manera, la garantía del fuero de maternidad y lactancia cobija todas las modalidades y alternativas de trabajo dependiente, por cuanto el principio de estabilidad en el empleo se predica de todos los trabajadores, sin importar la naturaleza del vínculo contractual.

Habiendo dejado claras las anteriores disposiciones, pasaremos a estudiar el caso en concreto bajo los requisitos establecidos por la H. Corte Constitucional en aras de verificar que la actora cumpla con las reglas principales para la protección, vía tutela, de su fuero de maternidad y/o lactancia.

Establece la H. Corte Constitucional que la protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo procede cuando se demuestre, sin ninguna otra exigencia adicional, lo siguiente:

(a) La existencia de una relación laboral o de prestación.

Este punto queda totalmente demostrado con las documentales correspondientes a las páginas 15, 19, 28 a 30 del archivo No.01 del expediente digital (escrito de tutela); tales, permiten establecer que entre la señora YELIS MERCEDES VILLACOB CARMONA y la accionada OUTSOURCING S.A. existió un contrato de trabajo. Que la mencionada relación laboral existió como consecuencia del desarrollo de la orden especifica de compa No. 34928 a favor de UNIDAD PARA LA ATENCION Y REPARACION A VICTIMAS – UARIV.

Siendo así las cosas queda totalmente claro que sí hubo un contrato de trabajo que unió a las partes.

(b) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.

En este punto es necesario dejar claro que la orden específica de compra N° 34928 con la UNIDAD PARA LAS VICTIMAS, que originó la contratación de la señora YELIS VILLACOB CARMONA inicialmente terminaba el 27 de diciembre de 2019. Que, en el mes de noviembre del 2019, la actora informa a su ex empleador OUTSOURCING S.A. de su estado de embarazo, quienes continuación con el contrato más allá del 27 de diciembre del 2019, término en que inicialmente terminaría el contrato, en aras de proteger el fuero de maternidad de la trabajadora.

Que la hija de la actora nació el día 16 de julio del 20205 y su licencia de maternidad finalizó el día 19 de noviembre del 2020 y al día siguiente 20 de noviembre del 2020 su jefe inmediato de talento humano de OUTSOURCING S.A. le manifestó de la terminación del contrato justificando la terminación de la obra o labor por la que fue contratada.

Luego entonces, si se tiene en cuenta que el parto fue el día 16 de julio del 2020, los 3 meses a los que hace alusión el legislador en el artículo 240 del CST y la

5 Información obtenida el fallo de tutela rad. 13 - 430 – 40 – 89 – 003 – 2020 – 00245– 00 del Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Magangué, acápite hechos folio 20 del archivo No.01 del expediente digital.

jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, terminaba el día 16 de octubre del 2020, periodo en el que el contrato de trabajo aún permanecía vigente.

No hay que dejar de lado lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el entendido de que el periodo al que corresponda la licencia de maternidad no es un factor preciso para aplicar la presunción prevista en el numeral 2º del artículo 239 del CST, para los tres meses posteriores al parto, sin que ello torne ilusoria la protección.

Siendo así las cosas, el hecho de que el despido se haya realizado cuatro meses con posterioridad al parto no implica que haya una desprotección, sino que ya no es aplicable la presunción prevista en el numeral 2 del artículo 239 del mismo CST el cual tiene por objeto relevar a la trabajadora de la carga de probar que el motivo del despido efectuado en el trimestre siguiente al parto lo fue su condición o estado de lactante.

Al haberse realizado el despido en el segundo trimestre posterior al parto y por efecto del uso de los períodos de descanso por lactancia, permanece vigente la protección a la trabajadora lactante, pero la distribución de la carga de la prueba para acreditar el móvil del despido se rige por la fórmula ecuménica del artículo 167 del CGP.

Siendo así las cosas corresponde a la señora YELIS MERCEDES VILLACOB CARMONA demostrar que el despido de fecha 20 de noviembre del 2020 fue un acto de discriminación por su condición de madre lactante.

De la carta de terminación del contrato de trabajo visible a folio 19 del expediente la entidad OUTSOURCING S.A. dejó claro a la ex trabajadora que el vínculo contractual finalizaba el día 27 de diciembre del 2019, sin embargo, en aras de proteger sus derechos como mujer embarazada procedieron a reubicarla de forma temporal y mientras subsistiera la protección legal y que una vez superado ese periodo de protección legal.

Que, pasado este periodo, el 20 de noviembre la actora fue notificada de la terminación del contrato de trabajo y en la carta que le notifica se indica que la justificación corresponde a la terminación de la obra o labor por la que fue contratada (orden especifica de compra 34928) que originalmente acababa el 27 de diciembre del 2019.

El artículo 61 del CST indica las causales de terminación del contrato de trabajo, y especifica en su numeral 1°, literal d, que el contrato terminará, y será una justa causa para ello, a la expiración de la obra o labor contratada. Luego entonces en principio nos encontramos ante una justa causa de terminación del contrato de trabajo, correspondiendo a la ex trabajadora demostrar que dicha terminación fue injusta y que en realidad fue con ocasión a su estado de lactancia.

No obstante lo anterior, de las documentales aquí aportadas la señora YELIS VILLACOB CARMONA no logró demostrar que su desvinculación haya sido por ocasión a su estado, sino que por el contrario ella misma demostró que la terminación del contrato se debió a la terminación de la obra por la que fue contratada.

Ahora, indica la actora que la accionada OUTSOURCING S.A continúa laborando para la UNIDAD PARA LA ATENCION Y REPARACION A VICTIMAS-UARIV a través de otra orden de servicio No.43853 y que su cargo aún existe al interior de la entidad que fungía como su empleador. Es de indicar que al Juez constitucional no le es dable tramitar asuntos de naturaleza laboral como lo pretende la actora, al solicitar que se haga un estudio sobre la verdadera naturaleza del contrato de trabajo que la vinculó con la accionada, esa es la tarea del Juez ordinario laboral quien además de tener la plena capacidad y conocimiento para ello, se encuentra en el ambiente idóneo para poder resolver ese asunto de fondo, en esta instancia constitucional no contamos con las suficientes pruebas materiales o testimoniales para determinar el tipo de contratación que suscribieron las partes a efectos de determinar si nunca hubo una terminación de la obra y establecer que la justa causa alegada en la carta de terminación no es válida en este caso.

Es precisamente esta la razón por la cual la Corte Constitucional ha sido muy clara respecto a los requisitos que se deben tener en cuenta para amparar el fuero de maternidad y/o lactancia demostrar:

> *"(i) La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo* ***procede cuando se demuestre****, sin ninguna otra exigencia adicional, lo siguiente:*
>
> *(a) La existencia de una relación laboral o de prestación y;*
>
> *(b) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.*
>
> *(ii) No obstante, el* ***alcance de la protección*** *se debe determinar a partir de dos factores:*
>
> *(a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador; y*
>
> *(b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada"*[6]

Y como ya se dijo con anterioridad el requisito No. 1 literal b, no se cumple en el presente caso habida cuenta que la actora fue despedida a la finalización de su licencia de maternidad, al 5to mes de haber nacido su hija, luego entonces no es dable, por via de tutela establecer el tipo de contratación que vinculó a las partes, para posteriormente determinar si la justificación alegada en la carta del 20 de noviembre del 2020, (finalización de la obra) se ajusta a la realidad o no, a efectos

[6] Ibídem. Sentencia SU075/18

de determinar si la razón por la cual se dio por terminado el contrato de trabajo corresponde al estado de lactancia.

Nótese que, al haberse realizado el despido dentro del segundo trimestre posterior al parto, la carga de la prueba se invertía y correspondía a la ex trabajadora demostrar que su despido surgió con ocasión del estado en el que se encontraba y no de la justa causa alegada y ello no fue así, pues la señora YELIS MERCEDES VILLADOB CARMONA no logró desmostar dicha afirmación, razón por la cual no es dable tutelar los derechos por ella alegados.

Por tal razón hará de negar la presente acción de tutela, no sin antes haber dejado claro

En mérito de lo expuesto, Juzgado Segundo Civil del Circuito de Magangué "Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley",

RESUEVE:

PRIMERO: NO TUTELAR los derechos fundamentales en la presente acción de tutela instaurada por la señora **YELIS MERCEDES VILLACOB CARMONA**, en contra de **OUTSOURCING S.A** y **UNIDAD PARA LA ATENCION Y REPARACION A VICTIMAS –UARIV.**

SEGUNDO. NOTIFICAR a los interesados por el medio más expedito.

TERCERO: En caso de no ser impugnado este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Richard Alberto Rodriguez Porto
Juez(a)
Juzgado De Circuito - Civil Escritural 002 Magangue

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
15f94b8cc97931c75e77497b4c66b582dd1f5e4f3da1f9021ff981b2f91bc98a
Documento firmado electrónicamente en 08-12-2020

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/Justicia21/Administracion/FirmaElectronica/frmValidarFirmaElectronica.aspx