

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.**

Bogotá, D.C., nueve (9) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.: 1100140030-19-2021-00117-01
ACCIONANTE: SANDRA MILENA PATIÑO MELO
ACCIONADO: INVERSIONES PRIMERA INFANCIA S.A.S.

ACCIÓN DE TUTELA -SEGUNDA INSTANCIA

Procede el Despacho a decidir la impugnación formulada por SANDRA MILENA PATIÑO MELO identificada con la cédula de ciudadanía 1.032.427.759 de Bogotá D.C. contra la sentencia de tres (3) de marzo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el JUZGADO (19) DIECINUEVE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C. mediante la cual se negó la tutela de los derechos a la vida, al mínimo vital, estabilidad laboral reforzada de la mujer lactante, igualdad y libre desarrollo de la personalidad de la accionante.

ANTECEDENTES

La accionante, acudió a la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, con la finalidad de obtener protección de sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, estabilidad laboral reforzada de la mujer lactante, igualdad y libre desarrollo de la personalidad, los cuales consideró fueron vulnerados por la sociedad accionada al haber dado por terminado su contrato laboral el 18 de diciembre de 2020, pactado inicialmente entre el 7 de enero de 2020 y hasta el 30 de junio del mismo año, y en la medida que el mismo fue renovado en razón a su estado de gravidez, no se tuvo en cuenta al momento de su terminación, que precisamente el 18 de diciembre del 2020 finalizaba su licencia de maternidad.

La aquí accionante adujo además, que el 21 de diciembre del 2020, recibió comunicación por parte de la empresa INVERSIONES PRIMERA INFANCIA S.A.S., mediante la cual le informan la terminación del contrato porque no subsistían las condiciones que dieron lugar al origen del mismo, trámite que no se adelantó con treinta días de antelación como lo indica el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que implica una renovación automática del contrato por el periodo pactado inicialmente.

LA DECISION IMPUGNADA

El JUZGADO DIECINUEVE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA D.C., mediante Sentencia de fecha 3 de marzo de 2021 negó la solicitud tutelar, al considerar que el reclamo realizado por la accionante adolece de subsidiariedad y del carácter residual de la acción Constitucional, ya que cuenta con la posibilidad de acudir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, por el asunto en discusión.

Indicó el Juzgado de primera instancia, qué, quedó demostrado en el plenario la relación del vínculo laboral, es decir "contrato individual de trabajo a término fijo para asistentes de docencia" que da cuenta que la accionante se encontraba vinculada desde el 7 de enero de 2020 y hasta el 30 de junio del mismo año, y que vigente la relación contractual, el 10 de febrero del 2020 se comunicó al empleador del estado de embarazo de la accionante, razón por la cual a pesar de que el contrato vencía el 30 de junio del 2020 la accionada prolongo el término hasta el vencimiento de la licencia de maternidad, es decir 18 de diciembre de 2020, razón por la que fue enterada de la decisión el 21 de diciembre del año 2020, sin que se completara el tiempo de lactancia.

Indicó que la señora SANDRA MILENA PATIÑO, se encontraba protegida por la garantía de "estabilidad laboral- especial" durante 6 meses de lactancia, contados desde el momento del parto es decir desde el 15 de agosto del 2020 y hasta mediados del mes de febrero de 2021, por lo qué a la fecha de acudir a la Acción de Tutela, ya había superado el periodo de protección reforzada.

En consecuencia negó las pretensiones del escrito tutelar por carencia actual de objeto, pues la vulneración de los derechos que se pretendía evitar con la Tutela, desapareció al finalizar la época de la lactancia, y no le corresponde como Juez Constitucional examinar la procedencia de la renovación o prórroga del contrato entre otros, por ser competencia de la Jurisdicción ordinaria, y en la medida que tampoco se prueba la ocurrencia de un perjuicio irremediable, se declaró la improcedencia de la acción.

LA IMPUGNACIÓN

Dentro de la oportunidad legal, la accionante formuló impugnación contra la decisión del a quo, por cuanto consideró que el fallador de primera instancia, se refiere equivocadamente al hecho superado ya que transcurrieron los 6 meses del periodo de lactancia en el mes de febrero de 2021 y el hecho superado implica que las circunstancias cambiaron y se transformaron de acuerdo con la sentencia T 242 de 2016, es decir que no se presenta vulneración del derecho, y a pesar de haber

terminado el periodo de lactancia, el daño se conculcó y la decisión del Juez de Tutela, ocasiona que la empresa siga despidiendo a las madres en periodo de lactancia, y en ese lapso, se dejaron de percibir salarios que afectan el mínimo vital de su hijo.

Agregó a su escrito de impugnación una relación de los gastos que tiene que sufragar por su hijo menor de edad y expone que está siendo afectado tanto su estado de salud como el de su hijo.

Finalmente agrega que no existe carencia actual de objeto por daño consumado y solicitó que se revise la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Este Juzgado ostenta competencia para conocer y decidir la presente impugnación de conformidad con las previsiones, no sólo del Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del ejercicio de la acción de tutela, sino del Artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del derecho, modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, por medio del cual se establecieron reglas de reparto de las acciones de tutela.

En primer lugar resulta conveniente precisar que la decisión aquí impugnada negó las pretensiones del escrito tutelar por carencia actual de objeto, pues la vulneración de los derechos que se pretendía evitar con la Tutela, desapareció al finalizar la época de la lactancia, y no le corresponde como Juez Constitucional examinar la procedencia de la renovación o prorroga del contrato entre otros, por ser competencia de la Jurisdicción ordinaria, y en la medida que tampoco se prueba la ocurrencia de un perjuicio irremediable que pueda afectar a la señora SANDRA MILENA PATIÑO y a su hijo menor de edad.

Por tanto, debe determinarse en esta instancia, sí como lo indicó el JUZGADO DIECINUEVE (19) CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C., se encuentra acreditado que al momento en que se dio por terminado el contrato laboral de la señora SANDRA MILENA PATIÑO, esto es, el 18 de diciembre de 2020, la accionante se encontraba cobijada por el derecho a la estabilidad laboral reforzada por lo que debía permanecer vinculada en su empleo, en la medida que el periodo de lactancia se completaba en el mes de febrero del año en curso.

Así las cosas, ha de indicarse que la Corte determinó ciertos preceptos a aplicar en casos en los que deba reconocerse la estabilidad laboral reforzada de mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, concepto a que hizo referencia en sentencia T-284 de 2019, cuando indicó:

"...El artículo 13 de la Constitución consagra el principio de igualdad, de donde se deduce que está prohibida cualquier forma de discriminación en la esfera

laboral de la mujer embarazada o en etapa de lactancia. A su vez, el artículo 43 Superior, establece la protección constitucional del derecho a la estabilidad laboral en el empleo durante el embarazo y después del parto, a partir de la especial protección y asistencia a las trabajadoras por parte del Estado, durante el embarazo y después del parto^[126].

La protección a la maternidad también se reconoce en diversos instrumentos internacionales, tales como: (i) la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos establece que la maternidad y la lactancia tienen derecho a cuidados y asistencia especial (artículo 25.2); (ii) el Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone que los Estados parte tienen el deber de garantizar la protección efectiva contra cualquier clase de discriminación por motivos de sexo (artículos 4 y 26); (iii) el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales señala que se debe conceder especial protección a las madres antes y después del parto, otorgarles licencia remunerada y otras prestaciones, si trabajan (artículo 10); (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 (artículo 11.2 Lit. a); (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" (artículo 8 y siguientes); (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 (artículo 9.2); y, (vii) el Convenio número tres de la OIT, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto^[127].

De igual forma, la legislación nacional ha desarrollado normatividad que protege a la mujer trabajadora durante el embarazo y la lactancia. Así, el artículo 236^[128] del Código Sustantivo del Trabajo establece 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.

A su vez, el artículo 239^[129] 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 impone la carga al empleador de acudir al inspector del trabajo antes de proceder al despido de una mujer durante el periodo de embarazo o de lactancia. Finalmente, el artículo 241 de la misma normativa dispone que no producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en período de licencia de maternidad o lactancia.

De cara a este contexto, la Corte Constitucional ha venido edificando la jurisprudencia frente a la protección de la maternidad y, a través de esta, ha reconocido a la mujer en estado de embarazo un trato preferente^[130], debido a su condición de sujeto de especial protección, así como a la necesidad de velar por la garantía de los derechos de la persona que está por nacer o el recién nacido. De este modo, en general, cuando el empleador conoce del estado de embarazo de la mujer gestante, **tiene prohibido desvincular a dicha trabajadora sin la respectiva autorización del Inspector del Trabajo, aun cuando medie una justa causa.**"

Conforme la jurisprudencia antes citada, es claro que la accionante al ser despedida en el periodo de lactancia, se encontraba protegida por la garantía de la estabilidad laboral reforzada, sin embargo no aportó pruebas que den cuenta que encontrándose frente a la situación descrita acudió a la jurisdicción ordinaria laboral, y como ella misma lo afirma en el escrito de impugnación, al momento de instaurar la tutela su protección Constitucional por cumplirse el periodo de lactancia ya había culminado.

Igualmente, es necesario corroborar si en el sub-examine se estructuró un perjuicio irremediable que permita la procedencia del amparo invocado como mecanismo transitorio de defensa.

Si bien es cierto la ley permite formular acciones de tutela frente a personas jurídicas de derecho privado, también lo es que no todos los ataques enfilados contra tales sujetos pueden ser zanjados por este medio. Por regla general, la jurisprudencia ha decantado que no es viable resolver a través de esta excepcional salvaguarda, asuntos provenientes de un contrato laboral, pues la vía idónea para ello es la jurisdicción ordinaria.

Así, cuando el amparo se propone con el objeto de pedir que el vínculo de trabajo se terminó por causa atribuible al empleador y sin justa causa, es a todas luces improcedente, por cuanto las pretensiones perseguidas están, en últimas, encaminadas a reparar los perjuicios ocasionados con dicha ruptura, esto es el reintegro laboral y el reconocimiento de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir con sus debidas indemnizaciones, existiendo para ello otras sendas en las que se puede elevar tales reclamaciones, a las cuales se debe acudir previo a hacer uso de este instrumento constitucional.

En el sublite, según las pruebas adosadas, la señora SANDRA MILENA PATIÑO como ya fue indicado, no ha ventilado los aspectos aquí aducidos, causa de su inconformidad, ante la jurisdicción ordinaria laboral y mediante las acciones pertinentes, para que sea el operador jurídico competente quien determine si le asiste o no razón en sus fundamentos.

Desde esa perspectiva, la tutela invocada no puede abrirse paso por su condición residual, evento que está contemplado como causal de inviabilidad en el inciso 3o del artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 1o del precepto 6o del Decreto 2591 de 1991.

Frente a dicho tópico, la SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ha expresado:

“(...) [L]a finalidad de este resguardo no es la de convertirse en un camino más, paralelo a lo que son las vías jurídicas ordinarias por las que transitan las distintas controversias, en afán de anticipar la toma de decisiones que, en principio, corresponde adoptar exclusivamente al juez del proceso”.

“Asimismo (...) el amparo no se instituyó con el propósito de reemplazar los procesos ordinarios o especiales que llevan implícitos medios de defensa para la salvaguarda de los caros intereses superiores, por cuanto esas herramientas fueron las diseñadas por el legislador para que de ellas hicieran uso los sujetos procesales dentro de cada asunto en particular; así que si el accionante no puso en marcha siquiera una sola de éstas, le está vedado formular de manera concomitante la presente vía, porque con ello estaría pretendiendo sustituir al juez natural por el constitucional, siendo que éste nunca se creó con ese objetivo; tal circunstancia lo que pone en evidencia es un comportamiento presuroso, pues es el funcionario que conoce del asunto quien ostenta la potestad, bajo los postulados de la independencia, desconcentración y autonomía, para resolver el conflicto de intereses que se le sometió a su composición (...)”¹.

Igualmente, es necesario referir que sólo cuando se tiene plenamente acreditado que el empleado se encuentra en estado de debilidad manifiesta, es posible activar la protección de la estabilidad laboral reforzada, la cual le brinda dos beneficios: por un lado, la prohibición de despido, salvo que medie la autorización respectiva, y por otro lado, la obligación del Juez de presumir que la destitución fue discriminatoria, cuando alguien en dicha situación es desvinculado sin autorización del MINISTERIO DEL TRABAJO.

Conforme lo anterior es claro que la presente acción de tutela, resulta improcedente pues debe tenerse en cuenta que conforme al Artículo 86 de la Constitución Nacional, la acción de tutela se constituyó como un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, vulnera o amenaza tales derechos constitucionales, este mecanismo privilegiado de protección, es, sin embargo, residual y subsidiario.

*En armonía con el Artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, sólo procede la acción de tutela cuando **(i)** el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados, **(ii)** cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, o **(iii)** cuando existiendo el medio idóneo alternativo de defensa judicial, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.*

En el entendido que es posible promover la tutela como mecanismo transitorio, aun sobre la base de la existencia de otro medio judicial, resulta imprescindible demostrar la ocurrencia de una amenaza o de una agresión actual e inminente que pongan en

peligro el derecho fundamental, o lo que es igual, acreditar que el derecho presuntamente afectado se encuentra sometido a un perjuicio irremediable.

*En ese contexto, la Corte en diferentes pronunciamientos ha considerado que para determinar la irremediabilidad del perjuicio debe tenerse en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura como son: **(i)** la inminencia del daño, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente, entendiendo por amenaza no la simple posibilidad de lesión, sino la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de forma injustificada; **(ii)** la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; **(iii)** la urgencia, que exige por supuesto la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; y **(iv)** la imposterabilidad de la tutela, es decir, acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales.*

En la Sentencia T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), la Corte Constitucional definió y explicó los elementos configurativos del perjuicio irremediable en el siguiente sentido:

"Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

A). El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta

proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan (sic) señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio." (Sentencia T-225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

Conforme lo anterior, cómo se indicó la presente acción resulta improcedente toda vez que la señora SANDRA MILENA PATIÑO cuenta con la acción ordinaria laboral, al interior de la cual se podrá discutir la legalidad de la terminación de su contrato laboral.

Por otro lado, no puede ahora pretender a través de este medio excepcional de defensa de los derechos fundamentales, crear una instancia adicional o un procedimiento paralelo a los legalmente establecidos.

De igual manera no se acreditó tampoco la existencia de un perjuicio irremediable, el cual se presenta en los eventos mencionados en la jurisprudencia transcrita y lo cual debe ser debidamente probado por quien lo alega, acreditando claramente las circunstancias que evidencien la urgencia y la gravedad del perjuicio que permitan

Proceso No: 11001 40 03 019 **2021 - 00117 - 01**
Accionante: SANDRA MILENA PATIÑO MELO
Accionado: INVERSIONES PRIMERA INFANCISA S.A.S.
ACCION DE TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

determinar que la acción de tutela es impostergable y a pesar de existir otro medio de defensa judicial procede como mecanismo transitorio.

Así las cosas, sin necesidad de efectuar mayores consideraciones y por lo señalado en precedencia, se colige que hay lugar a ratificar la determinación adoptada por el fallador de primer grado.

*En mérito de lo expuesto el **JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,*

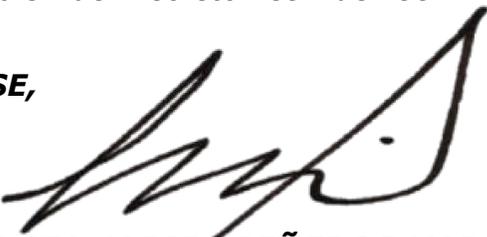
RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR el fallo proferido el 3 de marzo de 2021 por el Juzgado Diecinueve (19) Civil Municipal de Bogotá D.C. por los motivos señalados en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO. - NOTIFICAR éste proveído por el medio más expedito a los intervinientes, de tal manera que se asegure su conocimiento.

TERCERO. - REMITIR el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


CONSTANZA ALICIA PIÑEROS VARGAS
JUEZ

Firmado Por:

CONSTANZA ALICIA PINEROS VARGAS
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 038 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

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: **aae9397cf30208220951c72ba0384a0dc4b418dd717c5103963a3618df851509**

Documento generado en 09/04/2021 02:34:34 PM