

Acción de tutela No. 007 2020-00204 00
Accionante: Jesica Ortiz Ariza
Accionado: Alianza Talento Humano Ltda., y otros.

INFORME SECRETARIAL: Las presentes diligencias pasan al Despacho hoy tres (03) de julio de dos mil veinte (2020), correspondientes a la acción de tutela promovida por Jesica Ortiz Ariza contra Alianza Talento Humano Ltda, Pink Life S.A.S. y Famisanar E.P.S. Sírvase proveer.

MONICA YECENIA PERDOMO ROJAS
Secretaria



**JUZGADO SÉPTIMO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES
DE BOGOTÁ D.C.**

Bogotá, D.C., tres (03) de julio de dos mil veinte (2020)

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela instaurada por Jesica Ortiz Ariza contra Alianza Talento Humano Ltda, Pink Life S.A.S. y Famisanar E.P.S.

A N T E C E D E N T E S

Jesica Ortiz Ariza, actuando en causa propia, promovió acción de tutela para que se amparen sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y móvil, al trabajo, a la seguridad social, a la salud y a la igualdad, los cuales considera vulnerados.

Como fundamento de lo anterior, señaló que fue contratada por la sociedad Alianza Talento Humano Ltda., mediante contrato de obra o labor.

Que las labores fueron desarrolladas a favor de la empresa Pink Life S.A.S., desde el 8 de enero de 2019 hasta el 23 de diciembre de 2019, devengando como salario la suma de \$900.000.

Que el 7 de enero de 2020 volvió a ser vinculada por Alianza Talento Humano Ltda.

Que el 19 de marzo de 2020, firmó un documento de licencia no remunerada.

Que el 30 de marzo de 2020 pagaron su quincena normal y el día 31 del mismo mes y año, le notificaron de la terminación del contrato de trabajo.

Que el 23 de abril de 2020 le informó a su jefe inmediato sobre su estado de embarazo.

Que el 29 de abril de 2020 le notificaron su regreso a la empresa Pink Life S.A.S. a partir del día 30 del mismo mes y año.

Que el 14 de mayo de 2020 le indicaron que aun no se había hecho efectiva su afiliación a seguridad social.

Acción de tutela No. 007 2020-00204 00
Accionante: Jesica Ortiz Ariza
Accionado: Alianza Talento Humano Ltda., y otros.

Que el 20 de mayo de 2020, el encargado del Departamento de Recursos Humanos de Alianza Talento Humano Ltda. le notificó que su contrato de trabajo sería terminado

Que por lo anterior, solicita se amparen los derechos fundamentales invocados, y en consecuencia se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando, junto con las acreencias laborales dejadas de percibir, así como la indemnización prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo y que se mantenga su fuero de maternidad.

RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS:

Alianza Talento Humano S.A.S informó que la accionante fue contratada únicamente entre el 07 de enero y el 30 de marzo de los corrientes.

Que solo cuenta con una licencia no remunerada del 20 de febrero de 2020.

Que no es cierto que la volvieran a llamar, pues el sector manufacturero no contaba con permiso para ejercer sus actividades.

Que la actora nunca informó sobre su estado de embarazo, además el correo que refiere sobre su notificación no tiene relación con la empresa.

Famisanar E.P.S. indicó que existe falta de legitimación en la causa por pasiva para referirse a los hechos descritos por la accionante.

Pink Life S.A.S. manifestó que no es el empleador de la actora y que tampoco fue notificada de su estado de embarazo.

Que esta sociedad contrató a la temporal Alianza Talento Humano S.A.S. para atender el incremento en las ventas por el primer trimestre 2020.

C O N S I D E R A C I O N E S

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO:

¿Las empresas privadas accionadas desconocieron los derechos fundamentales de la accionante al terminar unilateralmente su contrato de trabajo, aun cuando afirman no haber conocido de su estado de embarazo?

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA:

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política garantiza y materializa la protección de los derechos y libertades fundamentales, razón por la cual toda persona puede reclamar ante el Juez, mediante procedimientos preferentes y sumarios, la protección para sus derechos cuando considere que le han sido vulnerados o amenazados, por la acción o la omisión de un particular o de cualquier autoridad pública o privada.

COMPETENCIA:

El Juzgado Séptimo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., tiene competencia para conocer en primera instancia de esta petición tutelar, tal como lo dispone el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el

Acción de tutela No. 007 2020-00204 00
Accionante: Jesica Ortiz Ariza
Accionado: Alianza Talento Humano Ltda., y otros.

numeral 1º del artículo 1º del Decreto 1983 de 2017.

RÉGIMEN APLICABLE Y SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

La viabilidad de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, deviene de la necesidad de conjurar la amenaza o vulneración de uno o más derechos fundamentales de una persona, como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos previstos en la ley, siempre y cuando el afectado con ello no cuente con otro medio de defensa judicial de similar eficacia, excepto cuando se la utilice para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el tema ha sido prolija la H. Corte Constitucional al señalar que:

“...De lo regulado por el artículo 86 de la Constitución Política, se extrae que la acción de tutela es una acción judicial de rango constitucional, de naturaleza autónoma, cuya finalidad es proteger los derechos fundamentales cuando quiera que ellos hayan sido vulnerados, caso en el cual es restitutoria, o cuando exista una amenaza de vulneración de los mismos, caso en el cual es preventiva. Por el contrario, no es una acción indemnizatoria ni sancionatoria, finalidades que no son posibles de alcanzar por este mecanismo judicial, como tampoco es declarativa, es decir no está diseñada para definir asuntos litigiosos.”¹

En otras palabras, la acción de tutela, constituye un medio judicial excepcional, subsidiario y residual, no alternativo u optativo a elección del accionante y que, como último medio al alcance del ciudadano, se ha previsto para lograr la inmediata, efectiva y cabal protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando no existen recursos judiciales ordinarios que garanticen la vigencia de tales derechos o cuando, existiendo y habiéndolos ejercido diligente, oportuna y eficientemente, los mismos han resultado insuficientes e infructuosos en aras de precaver dicha amenaza o vulneración.

Así las cosas, los medios y recursos judiciales ordinarios, siguen siendo preferenciales, y a ellos deben recurrir las personas para solicitar la protección de sus derechos; por lo mismo, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario frente a los demás modos de defensa judicial y su objetivo no es desplazarlos, sino que se convierte en el último recurso para obtener la protección efectiva de los derechos fundamentales, en la medida en que el ordenamiento jurídico no le ofrece al afectado otro medio de defensa judicial, como paladinamente lo define el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

Pues bien, en esta ocasión, la peticionaria se encuentra inconforme porque las empresas Alianza Talento Humano S.A.S. y Pink Life S.A.S, finiquitaron su contrato laboral, aun cuando ella considera estar cobijada por una estabilidad laboral reforzada, derivada de su estado de salud.

En ese orden de ideas, a efectos de resolver las súplicas de la accionante, debe recordarse que nuestra Carta Constitucional en su artículo 43 establece que “[d]urante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si

¹ Corte Constitucional, sentencia T-583 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

entonces estuviere desempleada o desamparada...”.

Tal disposición constitucional se debe armonizar con el artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, conjunto normativo que fundamentó el desarrollo jurisprudencial del denominado fuero de maternidad -estabilidad laboral reforzada-, el cual constituye una garantía para la mujer en estado de gravidez y en periodo de lactancia, con el propósito de evitar cualquier forma de discriminación por tal circunstancia o que con motivo de dicha condición sea retirada del empleo.

Dicho fuero, además ha tenido desarrollo legal en los artículos 239, 240 y 241 del C.S.T., artículos que contienen distintas formas de protección, sintetizadas por la jurisprudencia nacional de la siguiente forma:

*“(i) El numeral 1° del artículo 239 del CST impone una **prohibición general de 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”;*

*(ii) En consonancia con la norma anterior, el artículo 240 del CST 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** o del alcalde municipal, en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. Así mismo, este permiso de desvinculación sólo puede concederse en virtud de una de las justas causas enumeradas en los artículos 62 y 63 del CST².*

*(iii) 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**.*

*(iv) El numeral 3° del artículo 239 del CST prevé una **indemnización por despido sin autorización del Ministerio del Trabajo** (o del alcalde municipal según el caso), la cual es independiente de los salarios y prestaciones a los cuales tiene derecho la trabajadora de acuerdo con el contrato de trabajo³.*

*(v) El numeral 4° del artículo 239 del CST indica que si la mujer trabajadora no ha disfrutado del descanso remunerado que corresponde a su licencia de maternidad, “tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia”. En otras palabras, cuando por alguna “razón excepcional” exista alguna interrupción total o parcial del período de descanso remunerado al cual tiene derecho, **se debe efectuar el pago correspondiente a la licencia de maternidad** durante dicho término⁴.*

(vi) Finalmente, el artículo 241 del CST impone la obligación para el

² Dicha disposición añade que, “antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes”.

³ Dicha indemnización corresponde a “60 días de trabajo”.

⁴ Véase también el artículo 243 del CST.

*empleador de mantener vinculada a la trabajadora que disfruta de los descansos remunerados contemplados en dicho capítulo (licencia de maternidad, lactancia y descanso remunerado en caso de aborto). Además, **sanciona con la ineficacia** “el despido que el empleador comuniqué a la trabajadora en tales períodos”, es decir, en los descansos remunerados anteriormente mencionados.”⁵*

En ese orden de ideas, el Estado ha brindado a través de un conjunto de disposiciones constitucionales y legales, una protección especial que le garantiza a la mujer embarazada, una estabilidad laboral reforzada, es decir, que debe ser aplicada con mayor fuerza, en la medida en que se trata de una persona que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, por tanto, son varios los objetivos de la protección: lograr una igualdad efectiva entre los sexos, amparar a la mujer como gestadora de la vida, además de proteger al niño que está por nacer, quien según el art. 44 de nuestra Carta, tiene derechos prevalentes. En consecuencia, el fin del Constituyente y la labor tanto del legislador como de los operadores judiciales, es lograr que dicha garantía constitucional sea real y efectiva, para lo cual deben tomar las medidas necesarias para impedir el desarrollo de conductas violatorias y en caso de presentarse, proteger el derecho de la mujer a trabajar .

Es por esto, que cuando una trabajadora, se encuentra en estado de embarazo y es despedida de forma arbitraria, la acción de tutela, como vía excepcional se hace procedente, con el objeto de salvaguardar los derechos de aquella y los del recién nacido.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ⁶ , venía adocinando, que el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada o lactante, no provenía del conocimiento que tuviera el empleador del estado de embarazo, pues tal circunstancia, derivaba de un factor que se debía tener en cuenta para definir el grado de protección que se le iba a brindar. No obstante, esa misma Corporación, en sentencia SU-075 de 2018, modificó su doctrina constitucional, para concluir que:

“...cuando se demuestra en el proceso de tutela que el empleador desconoce el estado de gravidez, con independencia de que se haya aducido justa causa, no debe sufragar las cotizaciones requeridas para que la empleada tenga derecho a acceder a la licencia de maternidad. Tampoco debe pagar dicha prestación económica como medida sustitutiva ni está obligado a reintegrar a la trabajadora desvinculada laboralmente.”

Por tanto, en este proveído se cambió el precedente constitucional fijado en la sentencia SU 070 de 2013, para en su lugar fijar nuevas subreglas relacionadas con el conocimiento del estado de gravidez de una trabajadora para las diferentes modalidades contractuales, estableciendo para el contrato de trabajo a por duración de la obra o labor, que es el que celebró la actora (fls.25, 49-53), las que a continuación se citan;

*“(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.***

⁵ Corte Constitucional – sentencia SU075 de 2018

⁶ Corte Constitucional – Sentencia SU070 de 2013

Acción de tutela No. 007 2020-00204 00
Accionante: Jesica Ortiz Ariza
Accionado: Alianza Talento Humano Ltda., y otros.

Por consiguiente, no se podrá ordenar al empleador que sufraque 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.” (Subrayas ex texto)

CASO CONCRETO:

Descendiendo al caso en concreto, está demostrado que Jesica Ortiz Ariza, suscribió un contrato por obra o labor determinada con Alianza Talento Humano, para desempeñarse en el cargo de “auxiliar de producción”, como trabajadora en misión para la empresa usuaria Pink Life S.A.S., desde el 07 de enero de 2020 (fls. 48 a 53).

Igualmente, se demostró que el contrato de trabajo finalizó el 31 de marzo de 2020, debido a que la obra o labor para la cual fue contratada la trabajadora había finalizado (fls.20- 54).

Ahora bien, la promotora de la acción afirmó que el 21 de abril de 2020, se practicó una prueba de embarazo, la cual arrojó un resultado positivo, y en razón a ello el 23 de abril los corrientes, envió un correo electrónico a la empresa Pink Life S.A.S quien la reintegró para finalmente despedirla el 14 de mayo.

Por su parte, las empresas demandadas, sostuvieron que el finiquito de la relación laboral se dio por justa causa, antes de que la trabajadora se enterara de su estado de gravidez y agregaron que después del 31 de marzo de 2020, no existió ningún tipo de relación entre ellas y la señora Ortiz Ariza.

Sobre lo anterior, este Despacho debe evidenciar que no existe ningún elemento, que sirva para acreditar el dicho vertido por la actora en los hechos 12, 13, 14 y 15 de la demanda de tutela. En efecto, no hay demostración de que haya sido vinculada por la empresa Pink Life S.A.S. desde el 29 de abril de 2020, que ella haya prestado sus servicios en ese periodo y que finalmente haya sido despedida.

En ese orden de ideas, se llega a la conclusión de que el contrato de trabajo que existió entre la señora Jesica Ortiz Ariza y la empresa Alianza Talento Humano S.A.S. feneció el 31 de marzo de 2020, es decir antes de que ella se enterara de que estaba embarazada.

Luego entonces, este Despacho entiende que el amparo no puede abrirse paso, pues es presupuesto axiológico de la pretensión en esta clase de asuntos, la acreditación de que el empleador tenía conocimiento del estado de debilidad manifiesta que aqueja al tutelante. Al respecto se manifestó la Corte Constitucional, cuando en sentencia T- 824 de 2008, adoctrino:

3.1. *“En relación con el segundo requisito, según el cual exige que a la fecha del despido el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de embarazo, porque la trabajadora le notificó su estado oportunamente, salvo que el mismo sea notorio, esta Sala observa que no se cumple. Sandra Liliana Muñoz Moreno, en su escrito de demanda, asegura haber puesto en conocimiento su estado de embarazo en forma verbal, por intermedio de un tercero, el 29 de octubre de 2007. El empleador niega que él conocía del estado de gravidez de la accionante y se encuentra probado en el expediente que fue hasta el 23 de noviembre de 2007, cuando la accionante envió por correo certificado, a la empresa accionada, los exámenes médicos que informaban sobre su estado de embarazo, esto es, casi un mes después de comunicado el despido.*

3.2. *Por otra parte, esta Sala no comparte la excusa de la accionante de por qué no efectuó la comunicación inmediatamente se enteró de su estado de embarazo, ya que según ella sus compañeras de trabajo le aconsejaron que no lo hiciera, pues de hacerlo sería despedida. Dicha afirmación confirma la versión de la empresa de la falta de aviso del estado de gravidez. Tampoco aparece prueba que permita al juez llegar a la conclusión inequívoca de que la notificación del embarazo ocurrió tal como lo señaló la accionante.*

3.3. *En relación con la manifestación de la accionante en la cual cataloga su embarazo como notorio, tampoco obra prueba de este hecho, teniendo en cuenta, en primer lugar, que nunca se menciona, ni por parte de la accionante ni en las pruebas de embarazo, la etapa de gestación de la señora Muñoz Moreno a la fecha del despido. Además, en gracia de discusión y suponiendo que para el primero de agosto (fecha de la primera prueba de embarazo) tuviera un mes de gestación, para la fecha del despido contaría con 3 meses de embarazo, tiempo que no revela la notoriedad del embarazo. Al respecto, la jurisprudencia⁷ ha establecido que es a partir del quinto mes de gestación cuando generalmente el cuerpo de la madre sufre cambios físicos que hacen que su estado sea un hecho notorio.*

3.4. *Así, la ausencia de la prueba mencionada conlleva a negar las pretensiones de la demandante. Por esta razón la Sala se abstendrá de verificar el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por la jurisprudencia.”*

“(…) esta Sala de la Corte ya tuvo la oportunidad de analizar y definir el tema, fijando su propio criterio, en el sentido de que la Ley 361 de 1997 está diseñada a garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones severas y profundas, pues así lo contempla su artículo 1°, al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, de modo que delimita el campo de su aplicación a quienes por ley son consideradas discapacitadas, es decir, todas aquellas que tengan un grado de minusvalía o invalidez superior a la limitación moderada, además de que el estado de salud debe ser de conocimiento del empleador, pues la sola circunstancia de que el trabajador se encuentre incapacitado para el momento de la ruptura del contrato de

⁷ Sentencia T-167 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-1456 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz. Mediante Auto A-035/97 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Acción de tutela No. 007 2020-00204 00
Accionante: Jesica Ortiz Ariza
Accionado: Alianza Talento Humano Ltda., y otros.

trabajo, no acredita que tenga una limitación física y dentro de los porcentajes anteriormente mencionados, requiriéndose por tanto de una prueba científica como sería el respectivo dictamen o calificación.”

De igual manera, tampoco puede abrirse la pretensión enderezada a que se paguen los aportes al sistema de seguridad social integral, prestaciones sociales o indemnizaciones derivadas del finiquito de la relación laboral. Lo anterior, en virtud de la regla jurisprudencial establecida en la sentencia SU 075 de 2018, según la cual, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada cuando el empleador **no conoce** acerca del estado de gestación de la trabajadora, con independencia de que se haya aducido una justa causa.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, **El Juzgado Séptimo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el amparo solicitado por Jesica Ortiz Ariza conforme a las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. - NOTIFICAR la presente decisión a las partes y a todos los interesados por el medio más expedito, advirtiendo que contra ésta procede la impugnación dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

TERCERO. - Si este fallo no es impugnado dentro del término de su ejecutoria, remítase el expediente ante la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Sentencia 2020-204 firmada conforme al decreto 491 de 2020

MARIO FERNANDO BARRERA FAJARDO

JUEZ