



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Juzgado 5° Civil Municipal de Bogotá
Carrera 10 No. 14-33 piso 5 Teléfono/Fax: 2815639
cmpl05bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA.

REF.: ACCIÓN DE TUTELA No. 11001 4003 005-2021-00103-00

CÓDIGO DE TRÁMITE ASIGNADO N° 232922

ACCIONANTE: FLOR NAYIBE PANQUEVA RODRIGUEZ.

ACCIONADA: DATA TOOLS.

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez rituado en legal forma el trámite adecuado.

I. ANTECEDENTES:

1. HECHOS

La accionante manifiesta que, el 30 de diciembre de 2020, la entidad accionada le informó la “finalización” de su “contrato” de trabajo por el “vencimiento del mismo”, indicándole que “la labor para la que fue” contratada “había terminado”.

Agrega que cuenta “con 7 semanas de gestación”, habiendo dado a conocer tal condición a la accionada, quien le informó que la finalización del vínculo laboral no “tiene nada que ver con mi estado de embarazo y se mantenía en la terminación del contrato”.

Aduce que su estado de gestación es de alto riesgo, por lo que ha estado en constantes incapacidades médicas, constituyendo una estabilidad laboral reforzada lo cual genera nulidad del despido y su consecuente reintegro.

Así mismo, señala que se encuentra afectado su mínimo vital por cuanto su “estado actual de embarazo de 7 semanas”, y no cuenta con ingreso alguno en su condición de madre cabeza de hogar.

2. LA PETICIÓN

Solicitó se amparen sus derechos fundamentales al mínimo vital, estabilidad laboral reforzada y seguridad social y, en consecuencia “ORDENAR a DATA TOOLS, que proceda (...) a reintegrarme al cargo que ocupaba de acuerdo a las actividades estipuladas en contrato en iguales

o mejores condiciones a las que tenía, pago de salarios prestaciones sociales y aportes de seguridad social dejados de percibir”.

II. SINTESIS PROCESAL:

Por auto de 11 de febrero de 2021, se admitió la acción y se ordenó notificar al accionado. Igualmente, se dispuso vincular al MINISTERIO DE TRABAJO, SALUD TOTAL EPS, y CENTRO POLICLINICO DEL OLAYA, y se le otorgó un plazo de dos (2) días para que brindara una respuesta al amparo.

DATA TOOLS S.A

La empresa accionada en tiempo dio contestación a la acción constitucional, oponiéndose a las pretensiones y solicitando se niegue el amparo por improcedente.

Aduce la mala fe de la actora constitucional, en tanto la existencia de la prueba de embarazo “claramente indica que la fecha de la última menstruación fue el 18/12/2020 (12/18/2020 12:00:00 AM), lo que claramente evidencia que NO era posible que el 29 diciembre supiera ni sospechara que estuviera en embarazo, situación que también se soporta en los documentos que presenta como soporte de ese supuesto embarazo, que tienen fecha del 15 de Enero de 2021”.

Expone que “la propia accionante reconoce (folio 4 del correo del 18 de Enero de 2021, que aparece en el documento denominado “PRUEBA_8_2_2021_17_55_27.pdf”, que sólo hasta el 15 de Enero de 2021 le confirmaron la prueba de embarazo positiva. En tal sentido, si la ultima menstruación fue el 18 de Diciembre de 2020 y la prueba positiva de embarazo data del 15 de Enero de 2021, es claro que la accionante no podía saber que estaba embarazada y, por lo mismo, no es posible que mi representada tuviera conocimiento de tal situación como tampoco que pueda considerarse que su desvinculación fue discriminatoria”.

Agrega que la promotora cuenta con otros mecanismos de defensa judicial como lo son: “i) ante el Ministerio del Trabajo para que, en virtud de lo dispuesto por los Artículos 485 y 486 del Código Sustantivo del Trabajo, éste último modificado por el Artículo 7 de la Ley 1610 de 2013, hubiera determinado si DATA TOOLS S.A. incumplió las obligaciones legales que le correspondían, esto es, iniciando la investigación y/o imponiendo las sanciones solicitadas., y ii) iniciar un proceso ordinario laboral tendiente a declarar la supuesta ilegalidad de su desvinculación y obtener el reintegro solicitado, especialmente si se tiene en cuenta que, en la actualidad y con ocasión del sistema de oralidad plena que rige el procedimiento laboral (Ley 1149 de 2007)”, máxime que no se acreditó

por parte de la actora constitucional la existencia de un perjuicio irremediable.

Finalmente, expone que no se configura la existencia de la estabilidad laboral requerida por la accionante en tanto “*se insiste en que el examen de embarazo fue practicado el día 15 de Enero de 2021, es decir, en fecha muy posterior a la cual se le ratificó la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo, motivo por el cual desde ningún punto de vista podría llegar a concluirse que ese supuesto estado de embarazo tuvo algo que ver con su desvinculación*”, situación que a su turno imposibilitaba el desarrollo administrativo de la autorización ante el Ministerio del Trabajo para la terminación de la relación contractual.

En ese sentido indicó que el contrato por obra o labor fue finalizado en razón de la terminación de *la Obra o Labor para la cual había sido vinculada (100% del Contrato de Prestación de Servicios N° 227-2020 suscrito entre ADRES y mi representada) y no por debilidad Manifiesta.*

MINISTERIO DEL TRABAJO

Mediante memorial precisa que no está dentro de sus competencias el estudio de las pretensiones de la accionante, por lo que, solicita se desvincule de la presente acción constitucional por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Adicionalmente, indicó que la acción de tutela no procede para el reclamo de acreencias laborales.

SALUD TOTAL EPS

Luego de pronunciarse sobre los hechos y pretensiones de la tutela, alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, en virtud a que los hechos se endilgan a Data Tools S.A. como empleador, por lo que solicita su desvinculación.

III CONSIDERACIONES

1.- LA ACCION DE TUTELA:

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de

defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela en consecuencia, es viable cuando quiera que un derecho fundamental constitucional se encuentre bajo amenaza o vulneración, situación que deberá ser demostrada o probada, por quien reclama su protección.

1.1 Procedencia de la acción contra particulares.

Debe tenerse en cuenta que la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares, es de naturaleza excepcional, tal y como lo ordena el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991; de tal suerte que para que se declare su prosperidad se deben reunir los siguientes requisitos; a saber:

“1. Cuando el accionado preste un servicio público de educación para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Carta Magna.

2. Cuando el accionado preste un servicio público de salud, para proteger los derechos a la vida, la intimidad, la igualdad y la autonomía.

3. Cuando el accionado preste un servicio público domiciliario.

4. Cuando se demuestre la relación de subordinación e indefensión dla accionante frente a la entidad privada accionada.

5. Cuando la accionada viole el derecho consagrado en el artículo 17 de la C. P.

6. Cuando la entidad accionada sea la encargada de resolver una solicitud de habeas corpus.

7. Cuando se solicite rectificación de informaciones erróneas e inexactas.

8. Cuando el particular actúe en ejercicio de funciones públicas.”

1.2 SUBSIDIARIDAD

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que 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” se “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 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”. (Corte Constitucional sentencia SU-075 de 2018)*

1.3 DEL FUERO DE MATERNIDAD.

La misma corporación se ha referido sobre el tópico en comentario, indicando que *“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: (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 CST. (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 trabajo. (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 término[161]. (vi) Finalmente, el artículo 241*

del CST impone la obligación para el 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 comunique a la trabajadora en tales períodos”, es decir, en los descansos remunerados anteriormente mencionados. 18. De este modo, la regulación legal del fuero de maternidad contempla varias medidas orientadas a garantizar el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres.”.

A su vez, frente al tema relacionado con el conocimiento del embarazo por parte del empleador, indica la Corte que:

*(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. (Sentencia atrás citada).

5.- CASO CONCRETO

1. La convocante, peticiona en forma concreta se amparen sus derechos fundamentales al mínimo vital y la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y, en consecuencia, se ordene a la accionada, *“que proceda (...) a reintegrarme al cargo que ocupaba de acuerdo a las actividades estipuladas en contrato en iguales o mejores condiciones a las que tenía, pago de salarios prestaciones sociales y aportes de seguridad social dejados de percibir”*.

Indica que la afectación de tales garantías se originó en la decisión de la sociedad demandada de dar por terminado su contrato de trabajo sin contar con el permiso del Ministerio del Trabajo, pese a que, asegura, para la época en que ello ocurrió se encontraba cubierta por la garantía del fuero de maternidad.

La sociedad demandada adujo en la contestación que hizo de la acción constitucional que, la *“terminación del contrato de trabajo de la accionante estuvo basada en lo dispuesto por el Literal d del Artículo 61 del C.S.T., Subrogado por el Artículo 5º de la Ley 50 de 1990, esto es, por la “terminación de la obra o labor contratada”, sin que en dicha situación se hubieran podido considerar razones relacionadas con el supuesto estado de embarazo de la trabajadora, del cual ni siquiera ella estaba enterada, razón por la cual es claro que no es viable solicitar algún tipo de protección con base en ese supuesto estado”*.

2. En el caso bajo estudio, conforme los elementos de juicio que obran dentro del expediente, no se logra establecer que, para el momento en que le fue comunicado a la promotora la terminación del vínculo laboral (30 de diciembre de 2020), ésta se encontrara en estado de embarazo y, menos aún, que con anterioridad a esa fecha hubiese dado conocer ello a su empleador.

Tal como lo devela la documental aportada al plenario, se advierte que únicamente hasta el **15 de enero de 2020**, la promotora tuvo conocimiento de su estado de gravedad. Y en las comunicaciones remitidas a su empleador antes de dicha data nada le indicó referente a un posible estado de embarazo.

Por consiguiente, es claro que la accionante no probó que tiene derecho a recibir la protección reforzada derivada de la maternidad.

Adicionalmente, el Despacho considera que el mecanismo con que cuenta la promotora ante la jurisdicción ordinaria laboral resulta eficaz para la protección de sus derechos fundamentales, mecanismo al cual puede acudir la accionante, especialidad en donde se adelantan los juicios de forma oral y que ha sido fortalecida con la implementación de la ley 1149 de 2007.

Puestas de esa forma las cosas, se negará el amparo deprecado.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo constitucional reclamado por **FLOR NAYIBE PANQUEVA RODRIGUEZ**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta decisión a los extremos de la acción por el medio más idóneo o expedito posible.

TERCERO: Si la sentencia no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISIÓN. Oficiese. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,



JUAN CARLOS FONSECA CRISTANCHO
JUEZ