Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0282 00
ACCIONANTE: MARYURIS HERRERA GUIRALES
ACCIONADO: CHEMICAL SERVICES S.A.S
Derechos Fundamentales: fuero materno y otros

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021). –

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Despacho a proferir fallo acorde a derecho dentro de la acción de tutela instaurada por la señora MARYURIS HERRERA GUIRALES, contra CHEMICAL SERVICES S.A.S y las vinculadas MINISTERIO DEL TRABAJO y EPS FAMISANAR, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales al trabajo, seguridad social, igualdad, debido proceso, salud, dignidad humana, mínimo vital y fuero materno.

2. HECHOS QUE MOTIVAN LA ACCIÓN

La señora MARYURIS HERRERA GUIRALES, presenta demanda de acción de tutela contra la Representante legal del CHEMICAL SERVICES S.A.S, por presunta vulneración a sus derechos fundamentales, manifestando que se encontraba laborando para la entidad accionada mediante un contrato de trabajo escrito a término indefinido, el cual se inició el día 1 de febrero del año 2019 y el día 30 de noviembre del año 2021, desempeñando el cargo de asistente de gerencia, le dieron la carta de terminación de contrato por justa causa.

Señala que informo de manera verbal que estaba embarazada, pues el día 28 de agosto del año 2021, se le practicó una ecografía obstétrica en donde fue informada que tenía 7 semanas de gestación, para la cual anexa la conversaciones del WhatsApp, con quien era su jefe inmediato que es el mismo gerente el señor JESUS ENRIQUE MARQUEZ SERRANO, en la cual le ratifica su estado de gestación, teniendo en cuenta que ya se lo había dicho en forma verbal.

Indica que en este momento su embarazo es normal y está planeado el nacimiento para el día 13 de abril del año 2022, considerando que esta totalmente desprotegida, dada la dificultad que se le presentada dada su condición para ser contratada en otra empresa y requiriendo de sustento para su hijo que esta por nacer y su hija de 3 años de edad.

Informa que su salario mas subsidio de transporte era en promedio de $1.107.454 y el horario que debía desempeñar era de lunes a viernes de 7:30. AM a 5:30 PM, en donde recibía órdenes directas del señor MARQUEZ SERRANO y pese a que ha insistido en su reintegro este no ha sido posible, pues acudió vía telefónica ante el MINISTERIO DEL TRABAJO, pero no fue posible la atención.

Advierte que desde su jefe inmediato conoció de su estado de gestación empezaron los llamados de atención, todo le parecía malo, como se puede apreciar en la carta de despido, los llamados de atención son continuos.

Por lo anterior, aludiendo a precedentes jurisprudenciales relacionados con la estabilidad laboral reforzada de fuero de maternidad, considera que su empleador, vulnera sus derechos fundamentales; por ello, solicita amparo y que se ordene: la afiliación a la EPS para que reciba la atención que requiere ella y su bebe, se respete su contrato laboral y de ese modo pueda seguir ejerciendo las funciones que venía desempeñando o una mejor asignación, junto con un trato digno dada su

NTCGP 1000 icontec GP 059-1
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
ISO 9001 icontec SC5780-1

condición de madre gestante y se le cancelen los salarios dejados de percibir desde el día de su despido hasta el reintegro.

Como pruebas allegó las siguientes:

- Carta de despido.
- Un folio de la conversación de WhatsApp.
- Ecografía del 28 de agosto del año 2021.
- Ecografía 4 de octubre del 2021.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

A fin de verificar si existe amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados por la señora MARYURIS HERRERA GUIRALES, este despacho ordenó pruebas, corriendo traslado a la entidad accionada, CHEMICAL SERVICES S.A.S, para que dentro del término de dos (2) días rindiera las explicaciones que considerara, anexando la prueba documental correspondiente, permitiéndole así ejercer su legítimo derecho de defensa y contradicción. Así mismo se corrió traslado a las vinculadas MINISTERIO DEL TRABAJO y EPS FAMISANAR

3.1. Por su parte, la señora DALIA MARÍA ÁVILA REYES, en calidad de Directora Territorial de Bogotá del **MINISTERIO DEL TRABAJO**, aclara la improcedencia de la acción por falta de legitimación por pasiva, toda vez que esa entidad no es, ni fue el empleador del accionante, e implica que no existe ni existió un vínculo de carácter laboral entre el demandante y esta entidad, y por lo mismo, no existen obligaciones ni derechos recíprocos entre los dos, lo que da lugar a la ausencia por parte de esa entidad, bien sea por acción u omisión, de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno.

Señala lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 1468 de 2011 y en el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo y/o contenido en la sentencia de unificación 070 de 2013 de la Corte Constitucional, la cual versa sobre puntos relevantes con el objeto de determinar el alcance de la protección que se le proporciona a la trabajadora: 1°) Que el empleador conociese o no el estado de embarazo de la trabajadora al momento de la desvinculación y 2°) La modalidad de alternativa laboral.

Señala que es necesario solicitar la autorización del Inspector de Trabajo para que autorice o no el despido, en razón a que la misma se configura como una presunción legal, trámite dentro del cual dicha autoridad laboral administrativa constata las circunstancias de terminación del vínculo laboral que permita evidenciar la ocurrencia de un despido justo, y por ende el juez constitucional puede definir con fundamento en el caso concreto y la jurisprudencia unificada del máximo tribunal constitucional, "... *cuál es el alcance de las medidas de protección -principales, como el reintegro o renovación del contrato, o sustitutas, como las prestaciones en materia de seguridad social en salud -cuando han operado causas objetivas, generales y legítimas que ponen fin a la relación laboral*..." (Sentencia T-082 de 2012)

Por ello solicitó declarar IMPROCEDENTE la acción de tutela, por falta de legitimación en la causa por pasiva en lo referente al Ministerio del Trabajo y en consecuencia exonerarlo de cualquier responsabilidad que se le endilgue, dado que

NTCGP 1000 icontec GP 059-1
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
ISO 9001 icontec SC5780-1

no vulnera ni pone en peligro derecho fundamental alguno, invocado por la accionante.

3.2. Por su parte, el doctor JAVIER GORGONIO GARZÓN ROMERO en calidad de apoderado de la empresa **CHEMICAL SERVICES S.A.S**, allegan respuesta, en los siguientes términos, en donde confirma que existió un contrato de trabajo suscrito entre la señora MARYURIS HERRERA GUIRALES el día 30 de noviembre de 2021, dio por terminada la relación laboral de forma unilateral, con justa causa debido a que durante la relación laboral con la accionante esta incumplió reiteradamente las obligaciones de la labor que desarrollaba.

Menciona que la accionante, falta a la verdad, debido que para la fecha en que menciona del 28 de agosto de 2021, no informó sobre el estado de embarazo, por lo que su poderdante no tenía conocimiento sobre la ecografía o el número de semanas que la accionante menciona, puesto es relativa a su historia clínica, la cual posee reserva legal y no puede ser conocida por el empleador, considerando que la señora HERRERA GUIRALES se contradice, ya que como ella misma anexó pruebas de pantallazos de conversaciones en chat de WhatsApp con su jefe el señor JESÚS ENRIQUE MARQUÉS SERRANO, el día 30 de noviembre de 2021, la accionante menciona, (…) "*30/11/2021 8:52 p. m.: yo no tengo que dar explicaciones de mi vida personal*", evidenciando que hasta la fecha de la terminación con justa causa informó de su estado de embarazo y no en la fecha en que menciona en este hecho, agregando (…) "*30/11/2021 8:52 p.m. : yo no tengo que dar explicaciones de mi vida personal*".

Indica que la situación que narra la accionante son relativos a su vida personal, familiar e intimidad, de los cuales su representado, no posee conocimiento sobre su veracidad, adicionalmente, sobre la situación económica no poseemos ninguna clase de conocimiento.

Aclarar que los llamados de atención se realizaron antes del supuesto aviso del estado de gravidez:

> *"1. El día 25 de enero de 2021, realizo memorando a la señora MARYURIS HERRERA GUIRALES, debido al incumplimiento de las tareas y responsabilidades asignadas.*
> *2. El 1 de marzo de 2021, mi representado realizo el primer llamado de atención a la accionante, como quiera que esta envió documentos sin revisar, siendo una falta al procedimiento de la empresa.*
> *3. El día 21 de marzo de 2021, se realizó memorando por el incumplimiento de las funciones administrativas de la accionante.*
> *4. El día 19 de julio de 2021, realizo el segundo llamado de atención nuevamente por incumplimiento de sus funciones además de la falta de compromiso con el cuidado de los productos de la bodega."*

Manifiesta que no procede el reintegro de la señora MARYURIS HERRERA GUIRALES, toda vez que no existe la notificación por parte de la trabajadora a su empleador del estado de embarazo y tampoco era evidente el mismo; pues esta no allego prueba alguna que acredite lo contrario, pues desarrollaba sus funciones cargando objetos de más de 30 kilos, sin que hubiera manifestado alguna molestia o restricción para el cuidado de su estado de gestación.

Advierte que la Corte Constitucional ha reiterado que para que proceda el reintegro, el empleador debía tener conocimiento por cualquier medio previo a la terminación del contrato de trabajo el estado de embarazo de trabajadora, hecho

aquí que no está demostrado, razón por la cual no se debe ordenar el reintegro y demás derechos conexos deprecado por la accionante.

Indica que en el curso de la relación laboral siempre cumplió con su obligación como empleador al pagar los aportes al Sistema de Seguridad Social en SALUD, ARL y PENSIÓN a nombre de la demandante, hasta la culminación de la relación laboral y como consecuencia se canceló la liquidación a la accionante.

Recuerda que la acción de tutela es la acción mediante la cual se deben proteger derechos fundamentales y si no existe demostración de afectación a los derechos fundamentales o daño irremediable no se puede acceder a una acción, en el presente caso no está llamada a prosperar por cuanto no está demostrado en el plenario la vulneración de ningún derecho fundamental y tampoco se encuentra en peligro la vida del que está por nacer y la vida misma de la accionante para alegar esta como daño irremediable o irreparable, teniendo en cuenta que existen otros mecanismos de defensa judicial.

Solicitó que se emita un fallo desestimando las pretensiones invocadas por la parte actora, como quiera que la empresa no tenía conocimiento del estado de embarazo, al momento de la terminación del contrato de trabajo con justa causa por la culminación de la relación laboral.

Anexa:

- Copia del poder para actuar en la presente contestación de la acción de tutela.
- Certificado de existencia y representación de la empresa CHEMICAL SERVICES S.A.S.
- Copia de memorando de fecha del 25 de enero de 2021.
- Copia de memorando de fecha del 21 de marzo de 2021.
- Copia de primer llamado de atención con fecha del 1 de marzo de 2021.
- Copia de segundo llamado de atención con fecha del 19 de julio de 2021.
- Copia de tercer llamado de atención con fecha del 23 de noviembre de 2021.

3.3. EPS FAMISANAR SAS el doctor FREDY ALEXANDER CAICEDO SIERRA, en calidad de Director de Operaciones Comerciales, allega respuesta en donde informa que esa entidad no está legitimada en la causa por el extremo pasivo, ni para referirse a los hechos descritos, ni mucho menos para asumir la responsabilidad de las pretensiones aducidas, ya que es una es una persona jurídica totalmente diferente e independiente con autonomía administrativa, a la accionada, además no tiene, ni nunca ha tenido vínculo contractual alguno que se relacione con alguna actividad de carácter personal laboral o de servicios con la accionante, que las pretensiones planteadas por la accionante no están llamadas a prosperar, solicitando se declare la desvinculación dentro de la acción de tutela.

Se refiere a situaciones que guarden relación directa con el servicio de salud, para patologías de origen común, al cual el accionante tiene continua prestación por encontrarse con afiliación vigente en el régimen contributivo, según el reporte suministrado por el área encargada: *"(…) Me permito informar que la señora MARYURIS HERRERA GUIRALES identificada con Cédula de Ciudadanía 1032496624, se encuentra en estado ACTIVO, en el Régimen Contributivo en Categoría A.*

Lo anterior, teniendo en cuenta la calidad de cotizante dependiente que ostenta con la empresa CHEMICAL SERVICES SAS - NIT 900319132. Presenta

pago hasta el mes de diciembre de 2021, sin que a la fecha presente novedad de retiro en la afiliación.

Presenta fecha de afiliación del 01/09/2017, de acuerdo al último tramo de afiliación que presenta. (…)".

Anexa: Certificado de aportes.

4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO. -

4.1. Procedencia de la Tutela

El artículo 86 de la Constitución Política que establece la acción de tutela, prevé que toda persona podrá reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados y amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

El artículo 5, 42 - 2 del Decreto 2591 de 1991, señalan que la acción de tutela procede por la acción u omisión de las autoridades públicas que hayan vulnerado, afecten, o amenacen vulnerar cualquiera de los derechos fundamentales, e igualmente, contra las acciones u omisiones de los particulares encargados de la prestación del servicio público.

4.2. De la Competencia. -

De conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el numeral 1º del artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, a los Jueces Municipales, les serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares.

En consecuencia, éste despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela, por haber sido instaurada contra una entidad particular, respecto de la cual se predica una situación de indefensión entendida dicha condición "*cuando las circunstancias de una persona la imposibilitan para satisfacer una necesidad básica por causa de una decisión o actuación desarrollada por un particular, en ejercicio de un derecho del que es titular, pero de forma irrazonable, irracional o desproporcionada*"[1]

4.3. Problema Jurídico

Determinar si el Gerente y representante legal del CHEMICAL SERVICES S.A.S, vulneró los derechos fundamentales de la señora MARYURIS HERRERA GUIRALES, como consecuencia de la terminación con justa causa del contrato a término indefinido.

4.4. De los derechos fundamentales

De acuerdo con el artículo 86 de la C. N., toda persona tiene derecho de acudir a la acción de tutela para reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que ellos resultan vulnerados o

[1] Sentencia T-655 de 2011 de la Corte Constitucional.

NTCGP 1000 icontec GP 059-1 · IQNet · ISO 9001 icontec SC5780-1

amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública; acción que solo procede cuando el afectado no cuenta con otro medio de defensa judicial, salvo que la misma se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, tal como lo prevé el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991.

Conviene precisar que la acción bajo estudio es un efectivo instrumento jurídico a disposición de los ciudadanos para alcanzar el ideal de justicia y equidad que inspira al Estado Social de Derecho, cuyos fines esenciales, según la norma superior, apuntan, entre otros, a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, conforme lo prevé el artículo 2° constitucional; de allí que este mecanismo haya sido creado para la protección de las prerrogativas que se vean amenazadas o vulneradas por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en este último caso, cuando se den los presupuestos de que trata el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Es por ello que es un instrumento jurídico preferente y sumario al alcance de las personas para acudir sin mayores formalidades al Juez constitucional, con la certeza de que obtendrán la protección inmediata a sus prerrogativas, atendidos los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía procesal, celeridad y eficacia, no obstante, procediendo en todo caso como fórmula residual y transitoria, siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, o cuando disponiendo de él, se utilice para precaver un perjuicio irremediable.

Es del caso señalar que el artículo 13 Constitucional, consagra el derecho a la igualdad, imponiendo al Estado la obligación de adoptar medidas de amparo en favor de aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentran en situación de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, como es el caso de las mujeres que laboran y que se encuentran en situación de gestación, a quienes se les debe garantizar la estabilidad laboral, de donde se desprende que en equivalencia de tal derecho, el trabajador de quien depende su compañera encinta o su descendiente recién nacido, debe ser amparado en igual forma.

La Sentencia T-092/16 nos señala los presupuestos específicos de procedencia de la protección al derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer gestante o en periodo de lactancia:

"*Conforme a lo anterior, este Tribunal precisó que la procedencia de la protección reforzada derivada del estado de embarazo, se encuentra condicionada únicamente a la verificación de dos presupuestos: (i) la existencia de una relación laboral o de prestación de servicios, "esta última cuando se esté frente a un contrato realidad" y, (ii) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.*

Unido a ello, la Corte determinó que una vez constatados los anteriores requisitos procede la aplicación de medidas protectoras, cuyo alcance se determina en el caso concreto, dependiendo (i) de la modalidad de contrato y (ii) según si el empleador (o contratista) conocía o no del estado de embarazo de la empleada al momento de la desvinculación. Por este motivo, la Sala Plena planteó las hipótesis fácticas con las diferentes alternativas laborales y, en consecuencia, las reglas para adoptar medidas protectoras que materializan el amparo laboral reforzado.

Frente a la Licencia de maternidad*:* De acuerdo con lo expuesto en líneas anteriores, corresponde al Estado garantizar la especial asistencia y protección de la mujer durante el embarazo y después del parto (art. 43 CP), así como del recién nacido (art. 50 CP). De ahí que, en la legislación laboral se hayan incluido medidas

NTCGP 1000 icontec GP 059-1
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
ISO 9001 icontec SC5780-1

de protección tales como la licencia de maternidad, prestación que consiste en un receso remunerado a favor de la madre que acaba de dar a luz, para que se recupere del parto y se encargue del cuidado del hijo que acaba de nacer.

Con base en la normatividad vigente, el reconocimiento de la licencia de maternidad por parte de la EPS a la que se encuentre afiliada la mujer gestante o lactante, está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos legales, a saber: (i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación, (ii) que su empleador o ella misma, en el caso de las trabajadoras independientes hayan pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho."

4.5. Del caso en concreto

Las pretensiones de la accionante MARYURIS HERRERA GUIRALES, radican en que se ordene la afiliación a la EPS, se respete su contrato laboral, reciba un trato digno dada su condición y se le cancelen los salarios dejados de percibir desde el día de su despido hasta el reintegro, por parte de CHEMICAL SERVICES S.A.S., lo anterior al considerar la actora que fue despedida sin tener en cuenta que se encontraba en estado de gestación, situación que fue dada a conocer a su empleador de forma verbal.

Por ello estima que se afectan sus derechos fundamentales al trabajo, seguridad social, igualdad, debido proceso, salud, dignidad humana, mínimo vital y fuero materno, por considerar que su despido vulnera su fuero de maternidad.

Por su parte el contratante CHEMICAL SERVICES S.A.S., considera que el despido del accionante se encuentra ajustado a derecho dado los llamados de atención y memorandos realizados a la accionante y que esta no informó de su estado de gestación sino posterior a aceptar su despido, circunstancia que la misma accionante acreditó con el chat de WhatsApp de fecha 30 de noviembre del presente año.

Atendiendo las pretensiones de la actora, las mismas se dirigen a que se ampare sus derechos presuntamente vulnerados, por considerar que le asiste el interés y el derecho a acceder a la vinculación a la seguridad social en salud y acreencias derivadas de la relación laboral.

Con la finalidad de verificar si le asiste el derecho a la actora frente a sus pretensiones económicas, y a la renovación del contrato, se debe en primer hacer las siguientes precisiones:

> *"Por regla general (…) en reiterada jurisprudencia Constitucional, ha señalado que este medio constitucional no puede interponerse para reclamar derechos ni prestaciones laborales de los trabajadores, pues se trata de asuntos de origen litigioso que le corresponde resolver, en principio, a los jueces laborales o administrativos, según sea el caso.*
> *No obstante, de manera excepcional, la Corte ha determinado que, la acción de tutela se despoja de su carácter subsidiario para convertirse en un mecanismo de defensa principal, por lo menos, en dos supuestos: (i) cuando la persona que reclama la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada, es un sujeto de especial protección constitucional, como el caso de las madres gestantes y de las madres y sus hijos recién nacidos; y (ii) cuando la persona que reclama el pago de una prestación social, como la*

NTCGP 1000 icontec GP 059-1 · IQNet · ISO 9001 icontec SC5780-1

licencia de maternidad, ve comprometido su derecho fundamental al mínimo vital y el de su hijo que acaba de nacer, por no contar con otra fuente de ingresos que les asegure una digna subsistencia[2].

Aspectos que además tiene su sustento en los artículos 13, 43, 53 de la Constitución Política, el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Arts. 2, 6, y 10-2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Arts. 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Arts.1º y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otras normas, y que conllevan a verificar en cada caso concreto si concurre el amparo debido.

Frente al conocimiento del empleador del estado de embarazo, igualmente en reiterada jurisprudencia constitucional, señaló que se da lugar a la protección integral y completa si el despido se basó en la condición especial de embarazo, constitutivo de discriminación; en ese sentido, habría lugar a la procedencia de la protección reforzada derivada del estado de embarazo únicamente si se presentan las siguientes circunstancias:

"…(i) la existencia de una relación laboral o de prestación de servicios, "esta última cuando se esté frente a un contrato realidad"[3] y, (ii) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación". Unido a ello, la Corte determinó que una vez constatados los anteriores requisitos procede la aplicación de medidas protectoras, cuyo alcance se determina en el caso concreto, dependiendo (i) de la modalidad de contrato y (ii) según si el empleador (o contratista) conocía o no del estado de embarazo de la empleada al momento de la desvinculación. Por este motivo, la Sala Plena planteó las hipótesis fácticas con las diferentes alternativas laborales y, en consecuencia, las reglas para adoptar medidas protectoras que materializan el amparo laboral reforzado"[4].

Para el caso en estudio, se debe estudiar el conocimiento que tenía la empresa accionada del estado de gestación de la accionante, con base en los elementos materiales probatorios, allegados por la actora y por la accionada, se cuenta entonces con un chat de WhatsApp de fecha 30 de noviembre de 2021, el cual se adjunta la imagen:

Chat de WhatsApp con Don Jesus Jefe.txt

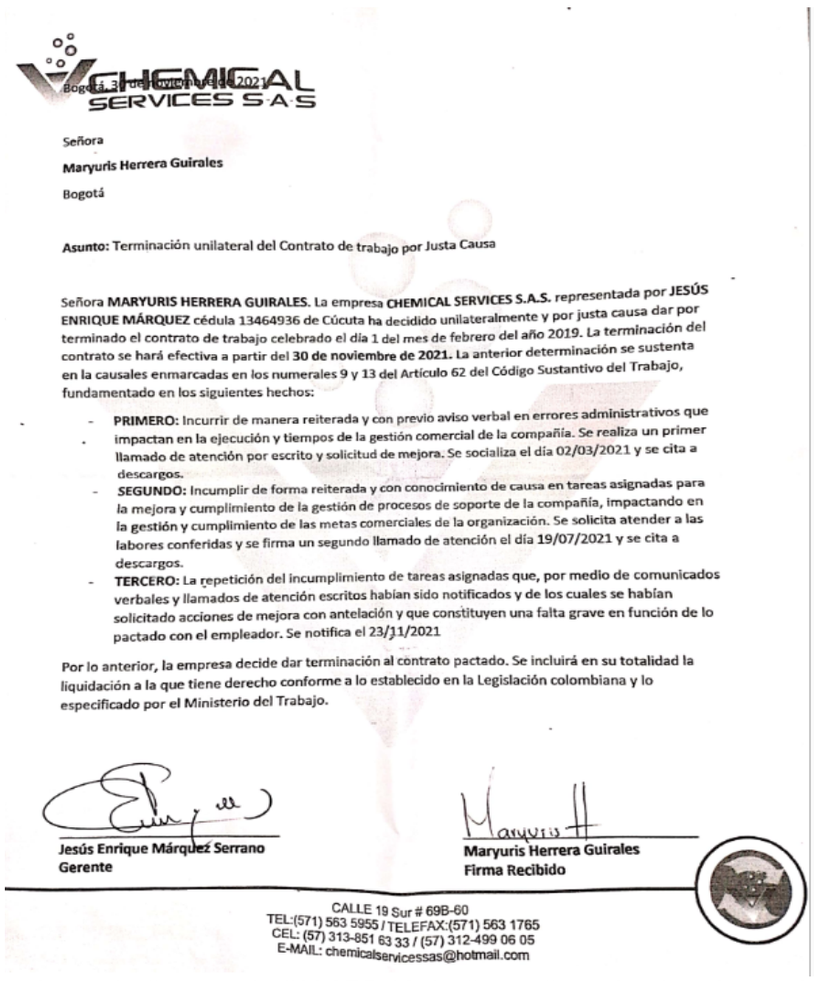
17/3/2021 12:43 p. m. - .: El cellosize es sin iva?
17/3/2021 12:50 p. m. - Don Jesus Jefe: Si sra
18/3/2021 8:01 a. m. - .: Buenos días don Jesus ya llegamos que pena la demora nos toco venirnos caminando desde la sevillana
18/3/2021 8:03 a. m. - Don Jesus Jefe: Buen día, ok
18/3/2021 1:47 p. m. - .: Servicioalcliente@cadiep.com
18/3/2021 1:47 p. m. - .: Info@cadiep .com
18/3/2021 1:47 p. m. - Don Jesus Jefe: Ok, gracias
23/3/2021 7:40 a. m. - .: Buenos días don Jesus ya llegamos
23/3/2021 8:04 a. m. - Don Jesus Jefe: Buenos días, ok
23/3/2021 8:05 a. m. - Don Jesus Jefe: Buen día
23/3/2021 8:05 a. m. - Don Jesus Jefe: Por favor remision blanca 25 kl de sacarina sodica quimicos y fragancias
23/3/2021 8:05 a. m. - Don Jesus Jefe: Dejala lista antes de irse al bco
24/3/2021 7:30 a. m. - .: Buen día don jesus ya llegamos
24/3/2021 7:39 a. m. - Don Jesus Jefe: Buenos días, ok
24/3/2021 8:23 a. m. - Don Jesus Jefe: Por favor remision blanca Quimicos y Fragancias 25 kl de Acido Salicilico
24/3/2021 10:25 a. m. - Don Jesus Jefe: <Multimedia omitido>
10/11/2021 9:57 a. m. - Don Jesus Jefe: Javier Páez
80232763
ESL117
30/11/2021 8:26 p. m. - .: Buenas noches don Jesús
Recibí la carta de terminación de contrato que me dejo con jessica hay la deje firmada.
De igual manera le agradezco por la oportunidad que me dio de trabajar en chemical también quería informarle que me encuentro en estado de embarazo tengo 4 meses y tengo entendido que en mi estado no me pueden despedir estaré atenta a su respuesta.

Muchas gracias
30/11/2021 8:48 p. m. - .: Bueno sumerced me dirá si voy mañana a trabajar o como vamos a arreglar.
30/11/2021 8:48 p. m. - Don Jesus Jefe: No esperaba menos de una persona como usted, que saliera con esto
30/11/2021 8:52 p. m. - .: Disculpe pero me está faltando al respeto con lo que se refiere me está tratando como si fuera una cualquiera yo no tengo por que dar explicaciones de mi vida personal además usted no fue capaz de entregarme como un jefe la carta personalmente y además eso cuenta como discriminación yo también leo.
30/11/2021 8:54 p. m. - Don Jesus Jefe: La Srta Jessica maneja la parte de recursos humanos y a ella se le encomendo entregar el documento correspondiente
30/11/2021 8:55 p. m. - .: Bueno usted me dirá como arreglamos
30/11/2021 8:56 p. m. - Don Jesus Jefe: Arreglar ?
30/11/2021 8:57 p. m. - .: Bueno don jesus muchas gracias mañana me dirijo al ministerio
30/11/2021 8:59 p. m. - Don Jesus Jefe: Dale, no problema
30/11/2021 9:00 p. m. - .: Muchas gracias

Por su parte el empleador acreditó la justa causa del despido como se evidencia en la carta de despido,

[2] T-092/2016
[3] Cfr. Sentencia T-148/14, MP Mauricio González Cuervo, que reiteró lo dispuesto en la Sentencia SU-070/13.
[4] T-092/2016

NTCGP 1000 icontec GP 059-1
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
ISO 9001 icontec SC5780-1



CHEMICAL SERVICES S.A.S

Bogotá, 30 de noviembre de 2021

Señora
Maryuris Herrera Guirales
Bogotá

Asunto: Terminación unilateral del Contrato de trabajo por Justa Causa

Señora **MARYURIS HERRERA GUIRALES**. La empresa **CHEMICAL SERVICES S.A.S.** representada por **JESÚS ENRIQUE MÁRQUEZ** cédula 13464936 de Cúcuta ha decidido unilateralmente y por justa causa dar por terminado el contrato de trabajo celebrado el día 1 del mes de febrero del año 2019. La terminación del contrato se hará efectiva a partir del **30 de noviembre de 2021.** La anterior determinación se sustenta en la causales enmarcadas en los numerales 9 y 13 del Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, fundamentado en los siguientes hechos:

- **PRIMERO:** Incurrir de manera reiterada y con previo aviso verbal en errores administrativos que impactan en la ejecución y tiempos de la gestión comercial de la compañía. Se realiza un primer llamado de atención por escrito y solicitud de mejora. Se socializa el día 02/03/2021 y se cita a descargos.
- **SEGUNDO:** Incumplir de forma reiterada y con conocimiento de causa en tareas asignadas para la mejora y cumplimiento de la gestión de procesos de soporte de la compañía, impactando en la gestión y cumplimiento de las metas comerciales de la organización. Se solicita atender a las labores conferidas y se firma un segundo llamado de atención el día 19/07/2021 y se cita a descargos.
- **TERCERO:** La repetición del incumplimiento de tareas asignadas que, por medio de comunicados verbales y llamados de atención escritos habían sido notificados y de los cuales se habían solicitado acciones de mejora con antelación y que constituyen una falta grave en función de lo pactado con el empleador. Se notifica el 23/11/2021

Por lo anterior, la empresa decide dar terminación al contrato pactado. Se incluirá en su totalidad la liquidación a la que tiene derecho conforme a lo establecido en la Legislación colombiana y lo especificado por el Ministerio del Trabajo.

Jesús Enrique Márquez Serrano
Gerente

Maryuris Herrera Guirales
Firma Recibido

CALLE 19 Sur # 69B-60
TEL:(571) 563 5955 / TELEFAX:(571) 563 1765
CEL: (57) 313-851 63 33 / (57) 312-499 06 05
E-MAIL: chemicalservicessas@hotmail.com

Además, en la Sentencia SU 075/18, la Corte Constitucional, consideró frente a la modalidad de vinculación por contrato de trabajo a término indefinido, lo siguiente:

> ***"7.3.1. Contrato de trabajo a término indefinido.***
>
> *(i) Cuando el empleador conoce del estado de gestación de la trabajadora, se mantiene la regla prevista en la Sentencia SU-070 de 2013. Por consiguiente, 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.*
>
> *(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 [332]. No obstante, en todo caso se debe garantizar adecuadamente el derecho de defensa del empleador, pues no hay lugar a responsabilidad objetiva.*
>
> ***(iii) 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.***

NTCGP 1000 icontec GP 059-1
IQNet
ISO 9001 icontec SC5780-1

> ***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." (negrita y subrayado por el despacho)*

Al examinar los elementos materiales probatorios allegados a este trámite tutelar, se advierte que el empleador no tenía conocimiento del estado de gestación de la accionante, no obstante al persistir controversia al respecto, no es a través de la vía constitucional el mecanismo idóneo para entrabar la litis frente a ese aspecto, máxime cuando se ponen en entredicho situaciones de fondo que entrañan una exhaustiva controversia probatoria, siendo el escenario adecuado ante la jurisdicción laboral.

Además, se observa que la actora puso en conocimiento de la accionada sobre su estado de gravidez el 30 de noviembre del presente año, se acreditó que la terminación anticipada del contrato, obedeció a los llamados de atención de fechas 25 de enero de 2021, 1 de marzo de 2021, 21 de marzo de 2021, 19 de julio de 2021 y 23 de noviembre de 2021, por incumplimiento de las funciones en donde fue llamada a rendir descargos, sin haber comunicado en estos su estado de gestación.

Cuando se trata de un hecho notorio, La configuración del embarazo, como un hecho notorio, ha sido entendida por la Corte Constitucional, por ejemplo, en los siguientes casos:

> *"o Cuando el embarazo se encuentra en un estado que permite que sea inferido: La jurisprudencia constitucional ha entendido que cuando una mujer se encuentra en su quinto mes de embarazo [40], sus cambios físicos le permiten al empleador inferir su estado. Así, por ejemplo, en sentencia T-354 de 2007, la Corte estableció que pese a la duda sobre la notificación del estado de embarazo por parte de la trabajadora, se consideraba que los superiores jerárquicos debían saber del embarazo de la accionante "como quiera que ésta, para la fecha de terminación del contrato de trabajo, contaba aproximadamente con 28 semanas de gestación, circunstancia que difícilmente puede pasar inadvertida por los compañeros de trabajo y por sus superiores jerárquicos". En este sentido, la Corte ha entendido que 5 meses de embarazo "es un momento óptimo para que se consolide el hecho notorio de [la] condición de gravidez" [41]. Se trata entonces de una presunción, en el sentido de que, por lo menos al 5º mes de la gestación, el empleador está en condiciones de conocer el embarazo. Presunción que se configura en favor de las trabajadoras[42].*
>
> *o Cuando se solicitan permisos o incapacidades laborales con ocasión del embarazo: La Corte Constitucional ha entendido que, cuando la trabajadora,*

si bien no ha notificado expresamente su embarazo, ha solicitado permisos o incapacidades por tal razón, es lógico concluir que el empleador sabía de su estado.

o Cuando el embarazo es de conocimiento público por parte de los compañeros de trabajo: La Corte Constitucional ha entendido que, cuando el embarazo de la trabajadora es de conocimiento público por parte de sus compañeros, es posible asumir que el embarazo es un hecho notorio en si mismo o que, por conducto de un tercero pudo enterarse el emplead

Es decir, que la parte contratante motivó la terminación del contrato a término indefinido, por los reiterados llamados de atención, y no en razón a la situación o condición en cuando a su estado de embarazo, aspecto que además fue claramente explicado en la carta de terminación del contrato, aportada por la actora y la accionada"[5]

Se tiene que la accionante en su comunicación de fecha 30 de noviembre informa que tiene 4 meses de embarazo y el empleador alude que la accionante siguió ejerciendo sus labores de manera normal y cargando hasta 30 kilos de peso, la señora HERRARA tampoco acreditó hubiera pedido permiso laboral, para controles prenatales, ecografías, que dieran a entender que se entraban en estado de gestación o que este fuera de público conocimiento por sus compañeros de trabajo, como cuando organizan actividades, por ejemplo baby shower, o que los llamados de atención se presentaran posterior a la presunta fecha en la que mención que fue comunicado de manera verbal, es decir desde el mes de agosto, dado que los llamados de atención son de fechas anteriores: 25 de enero de 2021, 1 de marzo de 2021, 21 de marzo de 2021, 19 de julio de 2021 y solo uno posterior 23 de noviembre de 2021, desvirtuando con ello un acoso laboral.

Por tanto, no se advierte algún grado de discriminación o de determinación en razón a su estado o condición de mujer embarazada, y que haya sido el móvil único y principal para la contratante dar por terminado el contrato previamente, pues tales aspectos no han sido desvirtuados con medios probatorios idóneos, por parte de la actora, conllevando a concluir que no se vulneran derechos fundamentales de la actora por esa situación, pues hasta lo ahora probado dicha terminación se produjo por causas justificadas.

Por lo anterior, si lo pretendido por la actora es cuestionar de fondo y probatoriamente el conocimiento de su estado de gestación por parte del empleador, y que la terminación del mismo se debió a su condición de mujer embarazada, o que lo fue de manera injusta, lo cual no ha sido desvirtuado en este trámite tutela, deberá acudir a la jurisdicción ordinaria laboral o administrativa, con amplitud en el ejercicio de sus derechos de defensa, contradicción y debido proceso.

En esas condiciones, al no verificarse requisitos frente a la existencia de una relación laboral o contrato realidad, y por el contrario aducirse y acreditarse una casual objetiva para la terminación del contrato de prestación de servicios consistente en el incumplimiento de obligaciones, resulta improcedente la renovación del contrato y por ende improcedente las pretensiones económicas, señaladas por la actora en su petitum, así como la improcedencia del derecho a la estabilidad ocupacional reforzada, pese a que se encuentra en licencia por maternidad.

[5] Sentencia SU070/13

NTCGP 1000 icontec GP 059-1
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
ISO 9001 icontec SC5780-1

Lo anterior, tiene cabida por la existencia de otra vía, como mecanismo alternativo y preeminente, de conformidad con la ley y la Jurisprudencia en defensa de sus intereses, esto es la Jurisdicción laboral o civil, para interponer las acciones que considere pertinentes, conforme a las previsiones del artículo 6 del precitado Decreto 2591 de 1991, que es taxativo en cuanto a las situaciones en las cuales no es procedente la tutela, destacándose el numeral 1º que ello sucede: "*Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto en cuanto a su eficacia, atendiendo a las circunstancias en que se encuentre el solicitante".*

Si bien es cierto, que la acción de tutela puede prosperar aun existiendo otros mecanismos alternos para la protección de los derechos de la accionante, esta posibilidad solamente es admisible, cuando la misma se adelanta para evitar un perjuicio grave e irremediable al interesado, y aún en estas condiciones, solamente es viable concederla en forma provisional mientras se agotan los recursos alternos.

Al respecto la Corte Constitucional ha expuesto:

"…*Únicamente se considera que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) cierto e inminente esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o litigación para evitar que se consuma un daño antijurídico en forma irreparable…*"[6].

En el caso que nos ocupa, se vislumbra que eventualmente podría considerarse la garantía de la seguridad social del menor y de la mujer lactante durante la licencia de maternidad, no obstante, la actora dentro de los elementos de prueba relativos a las conversaciones, alude que la misma podría asumirla a través de su esposo, como beneficiaria, porque tiene trabajo, es decir, que cuenta con apoyo económico, y por tanto no se pone en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital, la salud y seguridad social.

Además, de conformidad con el contrato suscrito y el pago de la licencia de maternidad debe realizarlo la EPS a la cual se encuentra la afiliación conforme a el tiempo de cotización que haya realizado la misma, aunado a la evidencia de su vinculación conforme a la consulta de página Web del ADRES, no se presenta una afectación al mínimo vital, pues la actora cuenta con un núcleo familiar, es decir su esposo es quien deberá por principio de solidaridad y frente al estado que se encuentra, contribuir con los gastos de ella y su menor hijo: situación que tampoco puede ser dirimida por esa vía constitucional, lo cual, junto con las acreencias que se deriven del mismo se deben cuestionar y garantizar por medio de una demanda laboral.

Tales discusiones solamente pueden ser objeto de controversia a través de la jurisdicción ordinaria laboral, dentro del cual se podrá discutir y determinar el conocimiento del empleador del estado de gestación, si hay lugar a reconocer pretensiones de orden económico y laboral, y demás aspectos reclamados por la actora, de los que se reitera, imposibilitan acometer el estudio del caso por la vía excepcional de tutela.

[6] Sentencia T-719 de 2003.

NTCGP 1000 icontec GP 059-1
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
ISO 9001 icontec SC5780-1

Es decir, la actora cuenta con otros mecanismos de defensa judicial efectivos, como es la jurisdicción laboral, por tratarse de un conflicto o controversia de esa naturaleza, para determinar la viabilidad o no de las pretensiones invocadas.

Al Respecto, el máximo órgano Constitucional, señaló:

"...Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado en forma reiterada que la acción de tutela no es el medio judicial procedente para obtener la satisfacción de una pretensión que bien puede lograrse a través del ejercicio de las acciones ordinarias consagradas en la legislación vigente. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia constitucional hayan establecido que la subsidiaridad es una de las principales características de este mecanismo de protección de los derechos fundamentales. En este orden de ideas, si una persona cuyos derechos fundamentales se encuentran presuntamente vulnerados o amenazados y existen a su alcance acciones pertinentes para acudir a la justicia ordinaria e invocar su protección, la acción de tutela debe resultar improcedente..."[7]

Aunado a ello, se observa la necesidad del amparo para evitar un perjuicio irremediable y por ende el amparo del derecho al mínimo vital, toda vez que, no acredito cuál es su situación económica, si cuenta con un esposo o compañero permanente, que con base en el principio de solidaridad le ayude económicamente, ni acreditó a través de facturas de servicios públicos, pago de arriendo, pensión, extractos bancarios y demás, su situación económica, por lo que no se vislumbra el perjuicio irremediable, que avizore y amerite en esas condiciones amparar derechos fundamentales.

Por lo anterior, al presentarse contradicciones y controversias en cuanto al conocimiento del estado de gestación de la accionante, así como de la acreditación, existencia y conocimiento del perjuicio irremediable que curse la actora, y no haberse acreditado las condiciones para la procedencia transitoria de la acción de tutela, impide determinar la necesidad y urgencia de la intervención del juez constitucional en el caso concreto y la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción laboral.

En consecuencia, se deberá declarar improcedente la acción de tutela interpuesta contra CHEMICAL SERVICES S.A.S, impetrada por la señora MARYURIS HERRERA GUIRALES, por cuanto la ley contempla otro mecanismo judicial eficaz e idóneo para la protección de los derechos que se consideran vulnerados, como se indicó, ante la Jurisdicción Laboral Ordinaria, a fin de ejercer las acciones legales pertinentes.

Con respecto al MINISTERIO DEL TRABAJO y EPS FAMISANAR, se dispondrá su desvinculación, por cuanto no son los llamados a garantizar de manera directa los derechos fundamentales en cuestión.

5. DECISIÓN:

Por lo anteriormente expuesto el Juzgado 38 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

[7] Sentencia No. T-415/95

NTCGP 1000 icontec GP 059-1
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
ISO 9001 icontec SC5780-1

R E S U E L V E:

PRIMERO: **DECLARAR IMPROCEDENTE** la presente acción de tutela frente a los derechos trabajo, seguridad social, igualdad, debido proceso, salud, dignidad humana, mínimo vital y fuero materno, interpuesta por la señora MARYURIS HERRERA GUIRALES, contra la accionada CHEMICAL SERVICES S.A.S, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: **Desvincular** al MINISTERIO DEL TRABAJO y EPS FAMISANAR**,** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Entérese a la entidad tutelada que, en el caso de no darle cumplimiento a esta orden judicial, se iniciarán las acciones pertinentes, conforme a los artículos 27 y 52 del decreto 2591 de 1991.

CUARTO: De conformidad con los artículos 30, 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, notifíquese en legal forma la presente decisión y una vez cumplido este trámite, si dentro del término de los tres días siguientes, fuere impugnada, remítase al Superior funcional. En su defecto, se remitirá de manera inmediata a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

QUINTO: Contra el presente fallo procede el recurso de impugnación, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato, como lo estipula el artículo 31 ídem.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

FRANCY CAROLINA ROA BENITEZ
JUEZ

NTCGP 1000 icontec GP 059-1
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
ISO 9001 icontec SC5780-1