

PROCESO:
ACCIONANTE:
ACCIONADO:
RADICADO:

ACCIÓN DE TUTELA
XIMENA PAOLA MORA RODRÍGUEZ
BECALL OUTSOURCING S.A.S. - SOEM TEMPORAL S.A.S.
170014003002-2020-00163-00



JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE MANIZALES

Manizales, Caldas, veintisiete (27) de abril de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA N°: 74
PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: XIMENA PAOLA MORA RODRÍGUEZ
ACCIONADO: BECALL OUTSOURCING S.A.S. – SOEM TEMPORAL S.A.S.
RADICADO: 170014003002-2020-00163-00

OBJETO DE LA DECISIÓN E INTERVINIENTES

Se pronunciará el fallo que en derecho corresponda a la acción de tutela instaurada el 14/04/2020 por XIMENA PAOLA MORA RODRÍGUEZ, contra de SOEM TEMPORAL S.A.S. y BECALL OUTSOURCING S.A.S., trámite en el que se dispuso la vinculación de SANITAS EPS y DIAGNOSTIMED. Por último, se requirió al MINISTERIO DEL TRABAJO.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

La parte accionante pretende lo siguiente:

- "1. Que se me TUTELEN los derechos al TRABAJO, a la IGUALDAD, a la SALUD, a la VIDA EN CONDICIONES DIGNAS, a la SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL, a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA y a los DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS vulnerados por la sociedad SOEM TEMPORAL S.A.S. y BECALL OUTSOURCING MANIZALES, así como cualquier otro del mismo rango que se considere vulnerado por su señoría.*
- 2. Que se le ORDENE a la sociedad SOEM TEMPORAL S.A.S. y a BECALL OUTSOURCING MANIZALES reintegrarme al cargo que venía desempeñando antes de mi despido o a uno de igual o superior categoría.*
- 3. Que en consecuencia de lo anterior, se le ORDENE a la sociedad SOEM TEMPORAL S.A.S. y a BECALL OUTSOURCING MANIZALES el reconocimiento y pago inmediato de los salarios y demás emolumentos dejados de devengar desde el día 13 de enero de 2020 y hasta que se haga efectivo el reintegro de mi persona a las labores.*
- 4. Que en consecuencia de lo anterior, se le ORDENE a la sociedad SOEM TEMPORAL S.A.S. y a BECALL OUTSOURCING MANIZALES reconocer y realizar los pagos adeudados a SANITAS EPS, en mi calidad de cotizante, desde el día 13 de enero de 2020 y hasta el día de hoy, como garantía de mi licencia de maternidad y ponerse al día en los pagos.*

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: XIMENA PAOLA MORA RODRÍGUEZ
ACCIONADO: BECALL OUTSOURCING S.A.S. - SOEM TEMPORAL S.A.S.
RADICADO: 170014003002-2020-00163-00

5. Que en consecuencia de lo anterior, se le ORDENE a la sociedad SOEM TEMPORAL S.A.S. y a BECALL OUTSOURCING MANIZALES reconocer y realizar los pagos adeudados por concepto de pensión, desde el día 13 de enero de 2020 y hasta el día de hoy, como garantía de mi licencia de maternidad.

6. Que en consecuencia de lo anterior, se le ORDENE a la sociedad SOEM TEMPORAL S.A.S. y a BECALL OUTSOURCING MANIZALES reconocer y pagar a mi favor la indemnización de 180 días de salario consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. 7. Que en consecuencia de lo anterior, se le ORDENE a la sociedad SOEM TEMPORAL S.A.S. y a BECALL OUTSOURCING MANIZALES reconocer y pagar a mi favor la indemnización de 60 días de salario consagrada en el numeral 3º del artículo 239 del Código sustantivo del Trabajo”.

Sus pretensiones las basa en los siguientes, también resumidos:

HECHOS

Indica XIMENA PAOLA MORA RODRÍGUEZ, lo siguiente:

1. Fui contratada laboralmente por la bolsa de empleo SOEM TEMPORAL S.A.S.
2. Presté mis servicios personal y directamente a la empresa BECALL OUTSOURCING MANIZALES.
3. La referida relación contractual-laboral estuvo enmarcada por un CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO POR OBRA O LABOR.
4. Durante la relación laboral tuve como contraprestación económica UN (1) SALARIO MINIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE.
5. La relación laboral tuvo inicio el día 1 de diciembre de 2019.
6. Desde el día de inicio de mis labores, fui vinculada previamente como cotizante dependiente a SANITAS EPS.
7. La relación laboral finalizó el 13 de enero de 2020.
8. El motivo por el cual terminó la relación laboral fue por despido injustificado por parte de BECALL OUTSOURCING MANIZALES, quien prescindió de mis laborales.
9. Me desempeñé en el cargo de ASESORA COMERCIAL para la campaña TIGO MOVIL.
10. Durante el desarrollo de la referida relación laboral, cumplí a cabalidad con todas las funciones que me fueron encomendadas, siempre que mi situación de salud me lo permitiera, toda vez que desde mediados de diciembre de 2019 empecé a tener síntomas y visitas al médico por mis náuseas, vómitos, mareos, cólicos y demás, que le fueron puestos en conocimiento a la empresa, así como la radicación de las correspondientes incapacidades médicas que desde entonces se empezaron a generar.
11. Una semana antes de ser notificada del despido injustificado, estuve incapacitada por ese mismo término, es decir, durante una semana, por algunas molestias de salud que ya llevaba presentando desde días atrás.
12. En suma, a principios de enero, antes de ser incapacitada, le puse en conocimiento al señor JUAN DAVID ARANGO, personal de Recursos Humanos de BECALL OUTSOURCING MANIZALES que me encontraba mal de salud y que, en consecuencia, tenía serias sospechas de encontrarme en estado de gravidez.
13. Sin embargo, precisamente el mismo día en que regresé de mi incapacidad, y encontrándome reincorporada en mis labores cotidianas, fui citada a la oficina de recursos humanos al finalizar mi jornada laboral, donde el señor JUAN DAVID ARANGO me indicó que la empresa había tomado la decisión de finalizar mi vínculo contractual de manera inmediata y sin justa causa.
14. Acto seguido, entraron en el despacho las señoras SILVIA SANTA RAIGOZA, gerente de la campaña TIGO MOVIL -para la cual yo laboraba- y JHOANA CUCAITA, coordinadora de servicios, para firmar mi carta de despido en compañía del mencionado JUAN DAVID ARANGO.
15. En el momento referido en el numeral anterior, les manifesté que no estaba de acuerdo con la decisión y que, además de ello, durante la incapacidad de la que venía recientemente se me había ordenado en la cita médica la prueba de sangre de

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: XIMENA PAOLA MORA RODRÍGUEZ
ACCIONADO: BECALL OUTSOURCING S.A.S. - SOEM TEMPORAL S.A.S.
RADICADO: 170014003002-2020-00163-00

embarazo por parte de la EPS, avivando así mis sospechas del estado de gravidez en el que me encontraba y que ya le había puesto de presente a la empresa desde principios del mes de enero. No obstante, las personas mencionadas, en calidad de representantes de la empresa BECALL OUTSOURCING MANIZALES, solo tuvieron una actitud burlesca frente a mi situación y procedieron a firmar la carta de despido, ya que yo me había rehusado a firmar mi retiro voluntario de la empresa.

16. Es de aclarar a su señoría, que la prueba de embarazo fue ordenada por el médico de cabecera desde principios de enero de 2020 (fecha en la que aún me encontraba laborando para la empresa), pero la misma no fue autorizada por la EPS sino hasta el 20 de enero de la presente anualidad y realizada por sus dependencias hasta el 27 de enero, arrojando un resultado positivo para embarazo desde el día 5 de diciembre de 2019, fecha en la cual ya llevaba algunos días laborando para la empresa BECALL OUTSOURCING MANIZALES.

17. A la fecha tengo 18 semanas de embarazo y es tratado por mi EPS como uno de alto riesgo.

18. La sociedad BECALL OUTSOURCING MANIZALES conocía mis sospechas de embarazo por múltiples circunstancias, a saber:

a. Llevaba varios días sintiéndome mal de salud desde finales de diciembre de 2019.

b. A principios del mes de enero, le manifesté al señor JUAN DAVID ARANGO, personal de Recursos Humanos de BECALL OUTSOURCING MANIZALES que me encontraba mal de salud y que, en consecuencia, tenía serias sospechas de encontrarme en estado de gravidez.

c. Durante esos días en que me encontraba con el malestar, en una conversación cotidiana que sostuve con el señor JUAN DAVID ARANGO, este me preguntó por mi estado de salud y le manifesté que tenía mareos, náuseas, dolores de estómago fuertes y demás síntomas, a lo cual él me respondió que seguramente eso era que estaba en embarazo, frente a lo cual asentí, pues le comente que era posible y que tenía las sospechas de que fuera así.

d. Posteriormente, fui incapacitada por mi EPS por el término de una semana y, en la orden médica, se me ordenó una prueba de sangre de embarazo, toda vez que mi estado de salud estaba siendo valorado como un posible embarazo.

e. En mi resumen de historia clínica, producto de mi incapacidad otorgada el 9 de enero de 2020, se dejó constancia por el personal médico que tenía pendiente la realización de prueba de embarazo que no había podido realizar aun por falta de tiempo para la diligencia.

f. Como lo ordena la norma, procedí a radicar la constancia de mi incapacidad en las dependencias de BECALL OUTSOURCING MANIZALES al regreso de mi licencia.

g. Salta a la vista que, el mismo día en que regresé de mi incapacidad, fui citada para que firmara mi carta de retiro voluntario de la empresa y que, ante mi negativa y que manifestara mi posible estado de embarazo, siguieran con su decisión y procedieran a expedir y firmar mi carta de despido.

h. La empresa tenía conocimiento de que la prueba de embarazo estaba pendiente de ser autorizada y realizada, pero no esperaron a que la misma se efectuara, sino que ante las sospechas, decidieron de mala fe adelantar los trámites para intentar exonerarse de la responsabilidad con mi persona ante mi estado de embarazo, el cual tenía un alto grado de probabilidad.

19. Pese a lo dicho en precedencia, la sociedad BECALL OUTSOURCING MANIZALES decidió dar por terminado unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo que nos vinculaba, encontrándose aun vigente, además, la obra o labor para la cual fui contratada.

20. Dicha terminación unilateral y sin justa causa, se materializó a través de comunicación escrita y fechada el 13 de enero de 2020.

21. A la fecha, en mi núcleo familiar no reportamos ninguna clase de ingreso económico mensual, pues mi esposo se quedó sin trabajo hace dos meses y la suscrita, como ya lo he manifestado hasta este momento, fue despedida de manera intempestiva y en estado de embarazo en el mes de enero de la presente anualidad. Es de agregar, Señora(a) Juez, que vivimos en una casabajo la modalidad de arrendamiento, el cual no tenemos como solventar actualmente, ni tenemos el dinero para cubrir nuestras necesidades básicas de alimentación, servicios públicos domiciliarios y elementos de aseo personal.

22. Además de lo anterior, de mi depende mi hijo menor de edad, SIMON HENAO MORA, quien actualmente se encuentra cursando Básica Primaria y requiere de unos gastos necesarios e inherentes para garantizar su vida en condiciones dignas, las

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: XIMENA PAOLA MORA RODRÍGUEZ
ACCIONADO: BECALL OUTSOURCING S.A.S. - SOEM TEMPORAL S.A.S.
RADICADO: 170014003002-2020-00163-00

cuales espero poder garantizar también a mi hijo que viene en camino, pues a la fecha me encuentro desprovista de cualquier medio de sustento, pues mi estado de gravidez fue la excusa de mi empleador para despedirme de mis labores, violentando así mi estabilidad laboral reforzada que me protege actualmente y para la fecha del despido.

23. Así mismo, el embarazo que llevo actualmente ha sido catalogado por el galeno de mi EPS como "embarazo de alto riesgo", generando con esto unos cuidados especiales y gastos específicos que no tengo como solventar, además de que con el despido injustificado y sin haber tenido en cuenta mi estado de gravidez, se me suspendieron los servicios médicos de mi EPS y tuve que ser afiliada como beneficiaria en SANITAS EPS, encontrándose en riesgo tanto mi salud como la de mi hijo que viene en camino, así como haciendo me nulo el derecho a recibir una eventual licencia de maternidad por no encontrarme como cotizante del Sistema General de Salud.

24. Hace algunos años recibí tratamiento psiquiátrico por los cuadros de ansiedad que presentaba con recurrencia; no obstante, estos síntomas habían desaparecido de mi vida y me encontraba en perfecto estado de salud mental.

Sin embargo, en medio de la situación en que se originó todo este tema del despido intempestivo e injustificado por parte de mis empleadores, tuve una recaída psiquiátrica y tuve que ser remitida por mi EPS para ser atendida por psiquiatría nuevamente, toda vez que el saber que venía en camino otro hijo, a sabiendas de las demás obligaciones y necesidades básicas que tengo que suplir en mi hogar, al menos tenía la seguridad de que contaba con una estabilidad laboral como consecuencia de mi estado de embarazo, por lo cual la depresión y la preocupación constante a raíz de mi inesperado despido generó una serie de complicaciones médicas de carácter mental que no pude sobrellevar por mi misma y tuve que acudir a un profesional de la salud que me tratara mi enfermedad para poder salir adelante con la situación, misma que a la fecha subsiste y por tanto aun asisto a controles por este tema, tal y como se colige de las pruebas adjuntas al presente.

25. El actuar de la empresa BECALL OUTSOURCING MANIZALES estuvo enmarcado por la mala fe, toda vez que si hubiesen obrado con lealtad frente a mi persona habrían aceptado mi propuesta de mostrarles los documentos médicos y mi historia clínica que en el momento del despido manifesté que tenía en el locker de la empresa, o también pudieron haber esperado los resultados de mi prueba de embarazo que ya se encontraba ordenada y pendiente de autorizar desde principios del mes de enero, o bien, simplemente, pudieron haber contactado la EPS para confirmar las razones de mi dicho o solicitar, previa autorización mía, la historia clínica de mi persona.

26. Adicional a todo lo anterior, la empresa no me manifestó cuales eran las razones de mi despido; en ningún momento adujeron un mal rendimiento de mi parte, ni que no hubiese cumplido las expectativas para las que fui contratada, ni por motivos disciplinarios (no existió procedimiento de descargos para el efecto, si así hubiese sido), simplemente se limitaron a decirme que no había motivo alguno y me liquidaron mi contrato, a sabiendas de mi situación particular.

27. Previamente solicité ante la empresa BECALL OUTSOURCING MANIZALES la correspondiente copia de mi contrato y la carta de despido, los cuales no me fueron suministrados.

28. En el mes de enero solicité mediante derecho de petición ser reintegrada a mis labores, a lo cual me respondieron -comunicación que adjunto al presente líbello- que esto no era posible porque mi relación contractual era con SOEM TEMPORAL S.A.S., quien contrataba trabajadores en misión para BECALL OUTSOURCING MANIZALES, y que por tanto ellos no estaban llamados a responder por la relación contractual ni, mucho menos, por el despido. Nótese además, su señoría, que la empresa BECALL OUTSOURCING MANIZALES aduce que se prescindieron de mis servicios porque la labor para la que fui contratada había terminado, cuando se tiene pleno conocimiento que en la sociedad sigue laborando personal para ejercer mi misma labor, por lo que esta razón no esta llamada a prosperar bajo ningún escenario, pues se están desconociendo abiertamente los derechos laborales de nuestro ordenamiento jurídico y, en especial, los derechos fundamentales de mi persona que me encuentro gozando de una estabilidad laboral reforzada.

29. Es deber aclarar a su señoría, que la nota al margen de la constancia de recibido del derecho de petición mediante el cual solicite directamente mi reintegro se lee que "no se anexa incapacidad ni cc", toda vez que las mismas, por obvias razones legales, ya se encontraban en poder de la empresa BECALL OUTSOURCING MANIZALES como

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: XIMENA PAOLA MORA RODRÍGUEZ
ACCIONADO: BECALL OUTSOURCING S.A.S. - SOEM TEMPORAL S.A.S.
RADICADO: 170014003002-2020-00163-00

justificación de mis ausencias laborales en los días en que se me otorgó la incapacidad.

30. En colofón, resulta la presente acción constitucional de tutela el único mecanismo idóneo, en este momento, para reclamar la protección de mis derechos fundamentales y laborales que de ello se desprenden. Siendo así, es de recordar la situación actual por la que atraviesa no solo nuestro país sino la humanidad entera, a raíz de la pandemia del coronavirus COVID-19 y, en particular, las decisiones administrativas, políticas y judiciales que se han tenido que declarar para hacer frente a este problema de salubridad pública. Por tanto, por medio de la presente no desconozco que posiblemente hayan otros mecanismos judiciales para la reclamación de mis derechos, pero las mismas, aunque estuvieran disponibles -y no lo están actualmente por decisión del Consejo Superior de la Judicatura- se convierten a la fecha en ineficaces, como garantía de mi núcleo familiar y de mi persona para acceder a una fuente de ingreso económica a la que tengo derecho, toda vez que fui despedida sin justa causa y encontrándome en estado de gravidez. No solo estoy reclamando mis derechos laborales, conexos a mis derechos fundamentales, sino los derechos de mi familia entera, dentro de la cual se encuentra un infante -mi hijo Simón- que depende exclusivamente de mis ingresos, y aunque quisiera salir a trabajar sin importarme nada más para encontrar alguna fuente de ingreso por mínima que sea, lo cierto es que actualmente las circunstancias del país me lo impiden. Por lo tanto, la acción de tutela se erige como el mecanismo idóneo para la garantía de mi estabilidad laboral reforzada y cumple a su vez el papel de evitar un perjuicio irremediable en medio de la crisis actual”.

DERECHOS VULNERADOS

Del texto de la tutela se infiere que la accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales a AL TRABAJO, A LA IGUALDAD, A LA SALUD, A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS, A LA SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL, A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA y los DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS.

CONTESTACIÓN

RESPUESTA DE LA PARTE ACCIONADA Y VINCULADAS

SOEM TEMPORAL S.A.S. En resumen, indicó que entre la empresa SOEM TEMPORAL S.A.S. y BECALL OUTSOURCING S.A.S., existe un contrato de servicios de suministro de personal temporal, para la ejecución de algunos sub- procesos de Call Center. Que la relación laboral de la accionante, se realizó con la empresa SOEM TEMPORAL S.A.S., con la cual firmo un contrato de trabajo por obra o labor en misión, para desempeñar algunos procesos en la empresa usuaria Becall, de manera temporal, para una campaña comercial específica.

Que el despido no fue injustificado como lo dice la accionante dado que se realizó conforme al art 61 numeral d). Por terminación de la obra o labor contratada. Que en ningún momento la trabajadora le manifestó a JUAN

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: XIMENA PAOLA MORA RODRÍGUEZ
ACCIONADO: BECALL OUTSOURCING S.A.S. - SOEM TEMPORAL S.A.S.
RADICADO: 170014003002-2020-00163-00

ARANGO - AUXILIAR DE RRHH que se encontraba en estado de embarazo, como consta en la versión libre que nos da el empleado, mucho menos este le indico que la terminación de contrato fuera sin justa causa, pues a los trabajadores por parte de la temporal tiene conocimiento que las bajas se dan por obra o labor cuando se finalizó la labor para cual fueron contratados como se explica en un punto anterior. Que la prueba de embarazo presentada como prueba en esta tutela, tiene una fecha posterior a la terminación de contrato, razón por la cual, ni la trabajadora, ni mucho menos la empresa, sabia de su estado de gravidez.

BECALL OUTSOURCING S.A.S. manifestó, entre otras cosas, que Ximena Paola Mora Rodríguez prestó sus servicios en calidad de trabajadora en misión para la empresa usuaria BECALL OUTSOURCING S.A.S., desde el día 2 de diciembre de 2019, en el cargo de Asesor de Call Center, en virtud del contrato de prestación de servicios suscrito con SOEM TEMPORAL S.A.S. Que la accionante nunca notificó del supuesto estado de embarazo por cuanto ella tampoco lo sabía por ende ni la temporal ni ellos tenían conocimiento. Que le informaron a la empresa de servicios temporales que finalizarían algunos servicios por la disminución de llamadas, por lo que se configura que la labor para cual fueron contratados algunos empleados efectivamente había finalizados entre ellos el de la accionante.

MINISTERIO DEL TRABAJO CERTIFICÓ que una vez verificadas las bases de datos del Grupo de Atención al Ciudadano y Trámites de la Dirección Territorial Caldas del Ministerio de Trabajo, no se encontró por parte del empleador BECALL OUTSOURCING S.A.S. - SOME TEMPORAL S.A.S, solicitud de autorización para terminación del vínculo laboral de la Señora XIMENA PAOLA MORA RODRÍGUEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.053.819.378.

IDIME manifestó que no ha vulnerado derecho alguno, que ha practicado pruebas de laboratorio a la actora desde el año 2017, las cuales aportará en caso de que el despacho lo requiera.

DIAGNOSTIMED manifestó que no ha vulnerado el 12/02/2020 sin que a la fecha tenga estudios.

SANITAS EPS indicó que la actora estuvo vinculada a esa EPS desde el 02/12/2019 hasta el 13/01/2020, confirmó entre los diagnósticos por los que

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: XIMENA PAOLA MORA RODRÍGUEZ
ACCIONADO: BECALL OUTSOURCING S.A.S. - SOEM TEMPORAL S.A.S.
RADICADO: 170014003002-2020-00163-00

se le trató en esos lapsos los enumerados por las partes, el embarazo. Por último, negó tener legitimación en la causa respecto de las pretensiones de la actora.

GENERALIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA:

PROCEDENCIA:

La acción de tutela fue instituida con el fin de obtener la efectividad de aquellas garantías constitucionales fundamentales que resulten vulneradas o amenazadas por acciones u omisiones imputables a las autoridades públicas o a los particulares. De ahí que la consagración de los derechos fundamentales no son postulados *a priori* sino que implican un compromiso de todas las autoridades y particulares de asumir conductas tendientes a la defensa y garantía de éstos. El concepto de seguridad social se refiere al conjunto de medios institucionales de protección frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna.

LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES

La parte actora está legitimada en la causa por activa para procurar mediante este procedimiento la defensa y protección de sus derechos constitucionales fundamentales. Por su parte la accionada está habilitada en la causa como encargada en la prestación de los servicios de salud.

COMPETENCIA

Los presupuestos, capacidad para ser parte, competencia, petición en forma y capacidad procesal aparecen totalmente satisfechos, y como no se observa causal alguna de invalidación de todo o parte de lo actuado, el fallo que ha de producirse es de fondo. La parte accionante y los representantes de la entidad accionada tienen capacidad para ser partes (artículos 1º, 5º, 10 y 13 del Decreto 2591 de 1991), son personas jurídicas y por lo tanto sujetos de derechos y obligaciones, este sentenciador es competente para resolver la solicitud en primera instancia por mandato del artículo 37 ibídem en concordancia con el tercer inciso del numeral 1 del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000; la petición satisfizo las exigencias de los artículos 14 y 37 del Decreto 2591 de 1991.

PROCESO:
ACCIONANTE:
ACCIONADO:
RADICADO:

ACCIÓN DE TUTELA
XIMENA PAOLA MORA RODRÍGUEZ
BECALL OUTSOURCING S.A.S. - SOEM TEMPORAL S.A.S.
170014003002-2020-00163-00

CONSIDERACIONES

Subsidiariedad¹

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

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación 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.

INMEDIATEZ²

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

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

MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO DE OBRA O LABOR-Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de mujer embarazada según la Sentencia SU 075 de 2018:

(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

¹ Sentencia T-246 de 2015 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez

² Sentencia T-246 de 2015 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

PROCESO:
ACCIONANTE:
ACCIONADO:
RADICADO:

ACCIÓN DE TUTELA
XIMENA PAOLA MORA RODRÍGUEZ
BECALL OUTSOURCING S.A.S. - SOEM TEMPORAL S.A.S.
170014003002-2020-00163-00

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.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

En el presente caso, para el despacho se cumplen con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, en tanto en la actualidad la actora no cuenta con otro mecanismo para evitar un perjuicio irremediable, en tanto los términos judiciales se encuentran suspendidos desde el 16 de marzo de 2020, a causa de las medidas sanitarias tomadas por el Gobierno Nacional y el Consejo Superior de la Judicatura, y por otro porque la desvinculación se produjo el 13 de enero de los corrientes y la interposición de la tutela se dio el

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: XIMENA PAOLA MORA RODRÍGUEZ
ACCIONADO: BECALL OUTSOURCING S.A.S. - SOEM TEMPORAL S.A.S.
RADICADO: 170014003002-2020-00163-00

14/04/2020, estando aún en estado de gestación, considera razonable el despacho ese lapso.

Respecto de la prueba de embarazo de acuerdo con la historia clínica, está fue ordenada por la médica tratante desde el 07/01/2020, misma fecha en la que se le incapacitó por un día y sólo fue practicada la prueba hasta el 27 del mismo mes, hecho no atribuible a la paciente, teniendo en cuenta los trámites administrativos que se deben surtir en el sistema de salud colombiano para acceder a los servicios ordenados por los médicos, lo que sí prueba que la accionante tenía una sospecha de que se encontraba en embarazo, tal como se lo indicó a su médica tratante previa a la terminación del vínculo laboral. Nótese lo que se dice en la historia clínica de la EPS SANITAS que se allegó como anexo, y la cual tiene fecha del 7 de enero de 2020, calenda anterior al despido:

"ANÁLISIS Y PLAN DE ATENCIÓN

*Paciente de 27 años de edad, en el momento estable clínicamente, no signos de deshidratación, taquicardia al parecer secundario al dolor. Abdomen blando, con presencia de distensión abdominal y dolor en marco cólico (...) Control en 8 semanas, **se solicita prueba de embarazo por sospecha de la paciente de estar en embarazo.** Se da incapacidad por el día de hoy. Se dan signos de alarma y recomendaciones".* (subrayas fuera del texto).

En ese sentido no es aceptable el argumento fundamentado en la declaración del auxiliar de recursos humanos JUAN DAVID ARANGO, según la cual "**no me dio aviso formal sobre su sospecha de estado de embarazo**" no obstante acepta haber recibido los soportes de las incapacidades del 7 al 10 de enero, en la cual (folio 12 vto) el médico ordenó la prueba de embarazo. En ese sentido la protección no depende de la razón por la cual se finalizó el contrato de trabajo si no al hecho de que la trabajadora se encontraba en estado de gravidez para el momento de su desvinculación.

La actora argumentó que el empleador conocía de su estado de gestación, toda vez que informó dicha circunstancia a su jefe inmediato en la empresa usuaria JUAN DAVID ARANGO, (*personal de Recursos Humanos de BECALL OUTSOURCING MANIZALES*) sin embargo se allegó documento donde aquél manifiesta que la accionante no le dio aviso de manera formal sobre su estado de embarazo. Frente a esto el Despacho considera que tal prueba en nada beneficia a los accionados, puesto que la jurisprudencia no determina que se

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: XIMENA PAOLA MORA RODRÍGUEZ
ACCIONADO: BECALL OUTSOURCING S.A.S. - SOEM TEMPORAL S.A.S.
RADICADO: 170014003002-2020-00163-00

le notifique de manera formal al empleador, pues basta que le diga verbalmente, de manera informal, o hasta por hechos notorios se puede establecer el embarazo.

Revisado en su conjunto el caudal probatorio, se tiene que los accionados no demostraron que la obra o labor para la cual fue contratada la accionante no continuó con posterioridad a su despido. Pues simplemente se dijo por Becall Outsourcing S.A.S. lo siguiente *"Mi representada le informo a la empresa de servicios temporales que finalizarían algunos servicios por la disminución de llamadas, por lo que se configura que la labor para cual fueron contratados algunos empleados efectivamente había finalizados entre ellos el de la accionante"*. Lo que permite inferir que las actividades que desempeñaba la accionante continuaron en la empresa usuaria.

Se debe recordar que la jurisprudencia constitucional de unificación que traemos a colación, fijó algunos parámetros para evaluar si el empleador tuvo conocimiento del estado de gestación de la trabajadora desvinculada. Indicó: *"Por una parte, en los casos en los cuales la accionante afirma que informó verbalmente acerca de su embarazo, esta Corporación ha analizado en conjunto los distintos medios de prueba que obran en el expediente y la conducta de la parte demandada, con el propósito de establecer si el empleador tuvo conocimiento de la condición de gestante de la trabajadora desvinculada. Por tanto, ha concluido que el empleador tenía conocimiento del embarazo, cuando las circunstancias que rodearon el despido y las conductas asumidas por éste permiten inferir tal hecho"*.

Para el juzgado la empresa temporal y la usuaria conocían acerca del estado de gravidez de la accionante, por las razones que se exponen a continuación:

La accionante sostiene que informó acerca de su sospecha de embarazo mucho antes de su despido y se lo notificó verbalmente a JUAN DAVID ARANGO, el jefe inmediato de ella, relato que tiene coherencia con lo que la accionante le dijo a su médica tratante en cita médica del 7 de enero de 2020 y que quedó reflejado en su historia clínica.

La empresa accionada tenía la carga de la prueba de demostrar que la causa de terminación del vínculo laboral de la actora fuera efectivamente la finalización de la obra o labor para la cual había sido contratada. A pesar de que se justifican en una reducción de las llamadas, nada dijeron frente al

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: XIMENA PAOLA MORA RODRÍGUEZ
ACCIONADO: BECALL OUTSOURCING S.A.S. - SOEM TEMPORAL S.A.S.
RADICADO: 170014003002-2020-00163-00

puesto de trabajo de la accionante, y además nada probaron si la labor terminó para todos los trabajadores, o solo para ella, lo que permite inferir que el servicio lo seguían requiriendo.

Tal como lo indica la jurisprudencia citada, la terminación de la obra o labor contratada no puede determinarse por el simple arbitrio del contratante, sino que debe obedecer a parámetros objetivos que permitan a las partes de la relación de trabajo establecer con claridad el momento de conclusión del vínculo contractual.

En consecuencia, obran varios indicios que permiten inferir que la desvinculación no estuvo motivada en la razón que esgrime la entidad demandada, y se estima que las empresas demandadas tuvieron conocimiento de la condición de gestante de la trabajadora y, pese a ello, decidieron despedirla bajo el pretexto de que la obra o labor contratada ya había culminado, aspecto que también resultó desvirtuado, adviértase que a pesar de que se encontraba pendiente la práctica de la prueba de embarazo, ni si quiera dieron espera para tener el resultado de la misma. Por tanto, se concluye que se trató de una desvinculación fundada en motivos discriminatorios, máxime que obviaron el trámite ante el inspector de trabajo.

Considera este operador que, además, la accionante hace parte de un grupo de población vulnerable al estar en embarazo y sin ingresos a causa del desempleo, por lo que se estaría ante la materialización de un perjuicio irremediable tanto para ella como para su núcleo familiar, que incluye a su hijo de 6 años y el que está por nacer.

En relación con la accionada BECALL OUTSOURCING S.A.S., se tendrá en consideración la sentencia de la Corte Constitucional SU 075 de 2018, que enseña:

"Es pertinente señalar que en las Sentencias T-862 de 2003 , T-889 de 2005, T-649 de 2009 , T-876 de 2010 , T-184 de 2012 , SU-070 de 2013 y SU-071 de 2013 la Corte Constitucional ha considerado que tanto la empresa de servicios temporales como la empresa usuaria son responsables de las acreencias laborales originadas en el despido de una mujer embarazada que desconoce el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo. Particularmente, en las Sentencias T-184 de 2012, SU-070

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: XIMENA PAOLA MORA RODRÍGUEZ
ACCIONADO: BECALL OUTSOURCING S.A.S. - SOEM TEMPORAL S.A.S.
RADICADO: 170014003002-2020-00163-00

de 2013 y SU-071 de 2013 se especificó que se trata de una responsabilidad solidaria entre ambas empresas.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que las empresas de servicios temporales y las empresas usuarias responden solidariamente por las acreencias laborales derivadas de las actuaciones irregulares de las EST. Al respecto, dicha autoridad judicial ha señalado que el fundamento legal de la aludida responsabilidad solidaria lo constituye el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, numeral segundo”.

En ese sentido, será preciso acceder a las peticiones y tutelar los derechos de manera solidaria contra BECALL OUTSOURCING S.A.S. – SOEM TEMPORAL S.A.S.

En cuanto a la indemnización por despido sin autorización de la oficina del trabajo prevista en el numeral tercero del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, el despacho no accederá toda vez que deberá presentar la respectiva demanda laboral ante el juez natural quien determinará su procedencia.

DECISIÓN:

Por lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Manizales, Caldas, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: TUTELAR a favor de XIMENA PAOLA MORA RODRÍGUEZ con C.C 1.053.819.378, los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y la seguridad social, vulnerados por SOEM TEMPORAL S.A.S. y BECALL OUTSOURCING S.A.S.

SEGUNDO: ORDENAR a SOEM TEMPORAL S.A.S. y a BECALL OUTSOURCING S.A.S. por intermedio de sus representantes legales que dentro de los dos (2) días siguientes a la notificación de esta providencia, de manera solidaria, sufragar los siguientes conceptos: (i) la totalidad de los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta el momento de su reincorporación, con

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: XIMENA PAOLA MORA RODRÍGUEZ
ACCIONADO: BECALL OUTSOURCING S.A.S. - SOEM TEMPORAL S.A.S.
RADICADO: 170014003002-2020-00163-00

deducción de los valores pagados al momento de la liquidación; (ii) El pago de la seguridad social dejada de cotizar.

TERCERO: ORDENAR a SOEM TEMPORAL S.A.S. y a BECALL OUTSOURCING S.A.S. por intermedio de sus representantes legales que dentro de los dos (2) días siguientes a la notificación de esta providencia reintegren a XIMENA PAOLA MORA RODRÍGUEZ con C.C 1.053.819.378, en el mismo cargo o en uno de condiciones similares, debiéndola afiliar nuevamente a las instituciones del Sistema de Seguridad Social.

CUARTO: NOTIFICAR el contenido de ésta decisión a las partes indicándoles que contra la misma procede la impugnación dentro de los (3) días siguientes al recibo de la notificación.

QUINTO: ORDENAR la remisión del expediente ante la Corte Constitucional para su eventual revisión, sino fuere objeto de impugnación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUIS FERNANDO GUTIÉRREZ GIRALDO
JUEZ