



**JUZGADO 33 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y CUMPETENCIA MÚLTIPLE
LOCALIDAD DE CHAPINERO**

Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41-89-033-2021-00005-00

Accionante: AGNI YAMILETH MEDINA DE BRACAMONTE.
Accionado: ALIRIO AYA PEDRAZA.
Asunto: Sentencia de Primera Instancia.

ASUNTO A RESOLVER

Procede el Despacho a resolver la ACCIÓN DE TUTELA de la referencia presentada por AGNI YAMILETH MEDINA DE BRACAMONTE, en la que se acusa la vulneración del derecho fundamental a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, MÍNIMO VITAL y SEGURIDAD SOCIAL.

1. ANTECEDENTES

1.1. Hechos.

-Manifiesta la accionante que fue contratada laboralmente de forma verbal a partir del 28 de febrero de 2020 por el señor ALIRIO AYA PEDRAZA en el cargo de administradora y cajera, también para la preparación de tamales, lechona y empanadas en el establecimiento de comercio denominado **LECHONA, TAMALES Y AREPAS DE QUESO J.J.**, con una asignación salarial equivalente al mínimo legal vigente más el auxilio de transporte.

-Agregó que el 26 de noviembre de 2020 **informó verbalmente su estado de embarazo y el 27 del mismo mes y año la despidieron con fundamento en no poder seguir prestando sus servicios por ese estado y por la crisis sanitaria que vive el país en virtud de la pandemia.**

-Finalmente indicó que, no fue afiliada al sistema de seguridad social, ni le han pagado su liquidación laboral e indemnización por despido injustificado y no le contestan el teléfono desde entonces.

1.3. Pretensiones.

En consecuencia, pretende se tutelen sus derechos fundamentales, ordenando al extremo accionado su reintegro laboral sin solución de continuidad y realice el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento de su desvinculación, también el pago de la sanción indemnizatoria de 60 días por no haber solicitado autorización del Ministerio de Trabajo para terminar su contrato laboral y la afiliación al sistema de seguridad social y cotizaciones a partir del 28 de febrero de 2020 (fecha en que inició su relación laboral).

1.3. Trámite Procesal.

Correspondiéndole por reparto a éste Juzgado conocer de la acción, mediante auto de fecha 26 de enero de 2021 se admitió la tutela, ordenándose oficiar al señor ALIRIO AYA PEDRAZA como propietario del establecimiento de comercio denominado LECHONA Y TAMALES J.J., para que se pronunciara sobre cada uno de los hechos y derechos que dieron origen a la presente acción constitucional.

El señor ALIRIO AYA PEDRAZA en calidad de propietario de establecimiento de comercio denominado LECHONA Y TAMALES J.J., informó al Despacho que no realizó acuerdo alguno con la accionante en relación con contrato laboral que se rija por el Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social.

Agregó **que fue a través de la acción de tutela que tuvo conocimiento del estado en que se encontraba la accionante.** En consecuencia, se opone a las pretensiones invocadas y solicita negar el amparo por improcedente.

Por otro lado, indicó que no ha celebrado contrato laboral con la accionante y que ésta se encuentra de manera irregular en el país, con

pasaporte vencido desde el año 2019 y no tiene permiso de permanencia exigido para los migrantes venezolanos de acuerdo con la resolución 5797 de 2017.

También, señaló que debido a las condiciones migratorias de la accionante, acordaron verbalmente la prestación de servicios, la cual ejecutaba de manera independiente sin subordinación alguna, dentro del horario en que el establecimiento estuviera abierto al público.

Finalmente, solicitó no tener en cuenta las pruebas allegadas por la accionante, ya que las mismas son objeto de contradicción y no es el escenario para tacharlas, en virtud de ello pretende se declare la falta de competencia para decir este asunto a través de la acción de tutela y falta de legitimación en la causa por activa para reclamar ante la autoridad Colombiana la protección de derechos.

2. CONSIDERACIONES

A. Problema Jurídico.

El interrogante a resolver está en establecer: ¿Si en este asunto procede la tutela?

B. Procedencia de la acción de tutela.

Legitimación en la causa por activa y por pasiva.

1. Conforme al artículo 86 de la Carta Política, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

En el caso objeto de estudio, se encuentra acreditado que la accionante tienen **legitimación por activa** para formular la acción de tutela de la referencia, toda vez que es persona natural que reclama la protección de

sus derechos constitucionales fundamentales, presuntamente vulnerados por el particular accionado.

2. Por su parte, la legitimación por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso.

La corte constitucional ha considerado que el amparo constitucional puede formularse de manera excepcional contra un particular, debido a que en sus relaciones jurídicas y sociales pueden presentarse asimetrías que generan el ejercicio de poder de unas personas sobre otras.

De esta manera, la Corte ha interpretado los artículos 86 Superior y 42 del Decreto Ley 2591 de 1991 y ha precisado las siguientes subreglas jurisprudenciales, según las cuales la acción de tutela procede excepcionalmente contra particulares cuando: (i) están encargados de la prestación de un servicio público; (ii) su actuación afecta gravemente el interés colectivo; o (iii) la persona que solicita el amparo constitucional se encuentra en un estado de subordinación o (iv) de indefensión frente a aquellos.

Al respecto, ese Tribunal ha expresado que los conceptos de subordinación y de indefensión son relacionales y constituyen la fuente de la responsabilidad del particular contra quien se dirige la acción de tutela. Por ende, en cada caso concreto es necesario verificar “*si la asimetría en la relación entre agentes privados se deriva de interacciones jurídicas, legales o contractuales (subordinación)*”, o si por el contrario, ésta es consecuencia de una situación fáctica en la que determinada persona se encuentra en ausencia total o insuficiencia de medios jurídicos de defensa para resistir o repeler la agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales frente a otro particular (indefensión).

En el asunto objeto de estudio, se advierte que la parte accionada sostuvo una relación jurídica con la tutelante. En efecto, a partir de las manifestaciones de las partes y de los documentos aportados al expediente, no cabe duda de la existencia de una relación laboral entre quienes fungen como accionante y accionado, de ahí que se encuentre acreditada la relación de subordinación que originó el debate constitucional objeto de estudio y, en consecuencia, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 42 del Decreto 2591 de 1991, procede la acción de tutela contra el particular demandado. Por consiguiente, se encuentra demostrada la **legitimación por pasiva** del particular demandado.

Inmediatez

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.

Particularmente, en las acciones de tutela encaminadas a obtener la protección del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de gestación, la jurisprudencia ha valorado, alternativamente, dos aspectos para establecer el cumplimiento de la exigencia de inmediatez: (i) el lapso entre el despido y la interposición de la acción de tutela debe ser razonable y (ii) el momento en que se presenta el amparo debe ser oportuno en relación con el embarazo y los meses posteriores al parto.

Así las cosas, de acuerdo a lo que muestra este proceso la accionante manifestó ser despedida el día 27 de noviembre del 2020, y la tutela fue

presentada el día 25 de enero del 2021, esto es, menos de 2 meses por lo que se acredita este requisito.

Subsidiariedad

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, la Corte Constitucional 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.

Ahora bien, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, existe una diversidad de mecanismos de defensa para salvaguardar los derechos laborales, competencia asignada a las jurisdicciones ordinaria laboral o contencioso administrativa, según el caso. Como consecuencia de ello, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela, en principio, no resulta procedente para resolver controversias que surjan de la relación trabajador-empleador, como en el caso del reintegro laboral y/o el pago de prestaciones económicas.

Sin embargo, de manera excepcional, ese Tribunal ha entendido que este mecanismo constitucional es procedente cuando se trata de personas que se encuentran en *“circunstancias de debilidad manifiesta por causa de su condición económica, física o mental y que formulan pretensiones dirigidas a lograr la tutela del derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada”*.

En el caso objeto de estudio se tiene que según lo manifestado por la accionante se encuentra en una situación de debilidad manifiesta por su condición de extranjera y con afectación de su mínimo vital, por lo que se supera este requisito.

C. SU - 075 de 2018.

En esta sentencia la Corte Constitucional modificó el precedente jurisprudencial relacionado con los deberes del empleador cuando se termina la relación laboral sin conocer el estado de embarazo de la trabajadora, reafirmando la importancia de garantizar la estabilidad laboral de las trabajadoras en estado de gestación y durante la lactancia, como medida para evitar la discriminación de las mujeres en el trabajo. Así, para despedir a una trabajadora cuyo embarazo sea conocido por el empleador se debe acudir previamente al inspector del trabajo.

Sin embargo, encontró que cuando el empleador desconoce el embarazo y el contrato laboral termina no se puede alegar que existe discriminación y, por ende, no se aplica el fuero de maternidad.

Esto quiere decir que los empleadores en este caso puntual no deben sufragar las cotizaciones requeridas para que la empleada tenga derecho a acceder a esta licencia. Tampoco deben pagar dicha prestación económica como medida sustitutiva, ni están obligados a reintegrar a la trabajadora desvinculada laboralmente.

“7. El sentido y alcance de la modificación jurisprudencial adoptada en la presente decisión: el empleador no debe sufragar ni las cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la licencia de maternidad, ni la totalidad de dicha prestación económica cuando desvincula a una trabajadora embarazada sin conocer de su estado de gestación”.

7.3. La regla jurisprudencial adoptada en esta decisión: el empleador no debe asumir el pago de cotizaciones a la seguridad social ni el pago de la licencia de maternidad cuando desvincula a la trabajadora sin conocer su estado de embarazo. Corresponde al Estado asumir la protección de las mujeres gestantes cuando se encuentren desamparadas o desempleadas, al tenor del artículo 43 Superior.

D. El caso concreto.

En el presente asunto la accionante reclama la protección de sus derechos fundamentales vía tutela, al señalar que fue despedida de su sitio de trabajo por su estado de embarazo, el cual se lo comunicó en forma verbal al empleador, manifestando este que solo conoce de dicha situación por medio de la tutela.

Sea lo primero señalar que según los documentos aportados por la accionante (Carnet que la acredita como cajera del establecimiento de comercio LECHONA, TAMALES Y PIZZERIA JJ, una certificación del dueño del establecimiento en donde hace constar que la accionante labora en allí y las declaraciones presentadas) a juicio del despacho estaría acreditada la presunción de una relación laboral, por lo que entonces le serían aplicadas las reglas de la sentencia **SU 075-18**:

“141. A partir de la modificación jurisprudencial que la Sala Plena acogerá en la presente providencia, las reglas previamente citadas serán ajustadas del siguiente modo:

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 CST¹³³². 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.**

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.

7.3.2. Contrato de trabajo por obra o labor contratada.

(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 CST¹³³³. 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.

7.3.3. Contrato de trabajo a término fijo

*(i) Cuando el empleador **conoce**, en desarrollo de esta alternativa laboral, el estado de gestación de la trabajadora pueden tener lugar dos supuestos:*

- a.** Que la desvinculación tenga lugar antes del vencimiento del contrato 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 ocurra una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa el vencimiento del plazo pactado: En este caso el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral^[334].

(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^[335]. 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.**

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”.

Como también lo tiene establecido la Corte constitucional la parte accionante debe desplegar un mínimo de actividad probatoria:

“Si bien uno de los rasgos característicos de la acción de tutela es la informalidad, la Corte Constitucional ha señalado que: “el juez tiene el deber de corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental, para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea del caso”.^[14]

En igual sentido, ha manifestado que: “un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un

derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario.”^[15] Así las cosas, los hechos afirmados por el accionante en el trámite de una acción de tutela, deben ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez pueda inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional.” T-571/15.

De acuerdo con lo que muestran las pruebas, como ya se señaló a juicio del despacho entre las partes si existió una relación laboral, no obstante la parte accionada lo niegue o la quiera ver como una prestación de servicios, que también tiene amparo constitucional.

Lo que debe establecer el despacho es si en este asunto se verifica alguna de las 3 situaciones del empleador (conoce, duda o desconoce), para lo cual se debe entonces ver las pruebas recuadadas en donde solo se cuenta con la afirmación de la accionante de haber comunicado en forma verbal el estado de embarazo y la negación indefinida de desconocer esa situación por el accionante, sin que exista otro elemento que le permita al despacho por lo menos establecer una duda.

Por lo anterior al no establecer que el empleador conocía del estado de embarazo no procede la protección vía tutela, por lo que se niega el amparo.

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO 33 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE LA LOCALIDAD DE CHAPINERO, DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. NEGAR EL AMPARO DE TUTELA de los derechos fundamentales a la seguridad social que invocó la ciudadana AGNI YAMILETH MEDINA DE BRACAMONTE identificada con la cédula de ciudadanía No. 19.755.506, por las consideraciones expuestas en la parte supra de esta determinación.

Segundo: NOTIFICAR esta determinación a los intervinientes en la forma más rápida y eficaz, conforme lo ordena el artículo 30 del Decreto 2591 de

1991. Por secretaría líbrense las comunicaciones pertinentes y remítase copia del presente fallo.

Tercero: REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada esta decisión. (Art. 31 inc. 2° Dcto. 2591/91)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FERNANDO MORENO OJEDA
Juez

Firmado Por:

FERNANDO MORENO OJEDA
JUEZ
JUZGADO 033 PEQUEÑAS CAUSAS
JUZGADOS PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES
DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
70d1d1f4ee318322ff72cbbd08d5b11884494b4bd94644d0c1513bf6dd
0e20de

Documento generado en 04/02/2021 10:10:47 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>