REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., trece (13) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

Se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de agosto de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **YOLANDA IBETH GALLO** adelanta contra **C.T.A. COOVIAM y VIGILANCIA SANTAFEREÑA Y CIA LTDA.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del 02 de abril al 16 de abril de 2018 con C.T.A. COOVIAM; por lo anterior, declarar nulo el convenio de trabajo asociado celebrado el 02 de abril de 2018 con C.T.A. COOVIAM, así como la renuncia voluntaria que presentó ante VIGILANCIA SANTAFEREÑA Y CIA LTDA.; que existió una sustitución patronal entre las demandadas, y que por ende, la relación laboral se extendió del 02 de febrero de 2017 al 16 de abril de 2018; que las demandadas son solidariamente responsables de las condenas que se impongan; y que es nulo el despido de la actora por gozar de fuero de maternidad. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de la indemnización equivalente

a 60 días de salario; reinstalación junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social dejadas de percibir desde su despido; y al pago de las 18 semanas de licencia de maternidad.

Subsidiariamente, solicita el reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa causa junto con perjuicios por daño moral.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Ingresó a prestar sus servicios el 02 de febrero de 2017 con la Unión Temporal CD, de la cual era integrante C.T.A. COOVIAM; **2)** El 23 de marzo de 2017 fue vinculada directamente con VIGILANCIA SANTAFEREÑA Y CIA LTDA.; **3)** El 02 de abril de 2018 su empleador solicitó suscribir carta de renuncia con la finalidad que se firmara un convenio de asociación con C.T.A. COOVIAM; lo que en efecto acaeció el mismo día; **4)** El 16 de abril de 2018 se le dio por terminado su contrato de trabajo; **5)** Entre el 02 de febrero de 2017 y el 02 de abril de 2018 su servicio fue prestado en la vigilancia de inmuebles, siendo su beneficiario la Universidad Francisco José de Caldas; **6)** El 11 de julio de 2018 descubrió que se encontraba embarazada y que tenía 30,2 semanas de gestación; circunstancia que debió ser detectada por su empleador en el examen de ingreso que se realizó el 02 de abril de 2018, pues allí efectuando análisis de sangre; y **7)** Con lo anterior, se le causaron perjuicios por parte de su empleador, al usar este información privilegiada para efectuar su despido.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

C.T.A. COOVIAM (fls. 188 a 194 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Aceptó la existencia de un convenio de asociación con la demandante el 02 de abril de 2018, así como su terminación el 16 del mismo mes y año; y la realización exámenes médicos de ingreso.

Adujo que no existió ningún tipo de sustitución patronal entre las demandadas; que no fue debidamente notificado del estado de embarazo de la demandante; y que pagó cada una de las acreencias laborales a su cargo, como dio terminación de la relación con la demandante con fundamento en la normatividad que rige las cooperativas de trabajo asociado.

Por su parte, **VIGILANCIA SANTAFEREÑA Y CIA LTDA.** (fls. 294 a 302 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de compensación.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo con la demandante del 23 de marzo de 2017 al 02 de abril de 2018 para que prestara sus servicios como Vigilante en la Universidad Francisco José de Caldas.

Manifestó que se dio por terminado el contrato de trabajo con la actora en virtud de la terminación del contrato de vigilancia con la Universidad Francisco José de Caldas; que pagó la totalidad de acreencias laborales a su cargo; y que nunca fue notificada de que la demandante se encontraba en condición de embarazo.

2.2. Desistimiento de pretensiones.

En audiencia del 06 de septiembre de 2021 se desistió de la pretensión referente a la nulidad de la renuncia voluntaria que se presentó ante la VIGILANCIA SANTAFEREÑA Y CIA LTDA. por parte de la accionante.

3. Sentencia de Primera Instancia.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está acreditado que el demandante se vinculó mediante contrato de trabajo de obra o labor con VIGILANCIA SANTAFEREÑA Y CIA LTDA. del 23 de marzo de 2017 al 02 de abril de 2018, mientras que C.T.A. COOVIAM establece que la accionante ingresó durante un contrato de asociación que perduró del 02 al 16 de abril de 2018; que no es dable deprecar una sustitución patronal entre las

demandadas, puesto que no se evidencia una unidad de empresa, en donde únicamente hubiere variado el propietario así como tampoco que se hubiera dando continuidad al contrato de trabajo que la actora inicialmente tenía con VIGILANCIA SANTAFEREÑA Y CIA LTDA, por demás que este fue objeto de liquidación y era voluntad de los trabajadores vincularse a la cooperativa; que no exista prueba alguna que permita establecer que la demandante estaba sujeta a la subordinación propia de un contrato de trabajo con la C.T.A. COOVIAM; que para que sea dable reconocer el fuero de maternidad a la demandante era necesario que su situación de gravidez fuera conocida por el empleador, máxime si se tiene en cuenta que no existe prueba que dicha situación fuera puesta en conocimiento por parte de la empresa que realizó el examen de ingreso a C.T.A. COOVIAM, por demás que esta goza de reserva legal; que no hay lugar a indemnización por despido sin justa causa, como quiera que VIGILANCIA SANTAFEREÑA Y CIA LTDA. acreditó que terminaba la labor contratada con la Universidad Francisco José de Caldas; y que no es dable reconocer perjuicios, pues en ningún momento se acreditaron.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es dable deprecar que C.T.A. COOVIAM y la actora existió un contrato de trabajo en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas?, ¿entre C.T.A. COOVIAM y VIGILANCIA SANTAFEREÑA Y CIA LTDA. existió una sustitución patronal?, y ¿es nulo el despido de la actora por gozar de fuero de maternidad por encontrarse en embarazo al momento de su despido?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

III.1. Del Contrato de Trabajo y de los Convenios de Asociación a Cooperativas de Trabajo Asociado.

Para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son: i) la prestación personal del servicio; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y iii) un salario, como retribución del servicio; y a renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem,* establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Por su parte, CSJ Rad. 39377 del 29 de junio de 2011, reiterada en la CSJ SL12872-2017 ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción.

Por otra parte, el convenio de asociación encuentra pleno reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, es así que existe legislación cooperativa que permite el funcionamiento de esta clase de entidades sin ánimo de lucro, donde los aportantes de capital son al mismo

tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, lo que significa que el trabajo de la cooperativa está preferentemente a cargo de los propios asociados, quienes optan por trabajar en forma análoga y concurrente para un propósito cooperativo, ejerciéndose además la condición de socio, en procura de obtener un beneficio distinto al ingreso salarial o prestacional característico de las relaciones laborales o de trabajo.

El acuerdo cooperativo y el régimen de trabajo de esas Cooperativas de Trabajo Asociado, tiene como marco para su desarrollo la Ley 79 de 1988, que aparece reglamentada entre otras disposiciones por los Decretos 1333 de 1989, 0468, 3081 de 1990, por el Decreto 4588 de 2006, Ley 1233 de 2008, Ley 1429 de 2010 y el Decreto 2025 de 2011.

A su vez, el artículo 3 del Decreto 4588 de 2006, establece que las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado *"Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general".*

Conforme a ello, es claro que la filosofía que inspira el cooperativismo es la doble connotación de sus miembros como asociados-trabajadores, con lo que se fija como retribución a sus servicios los excedentes repartibles y se les dota de características singulares completamente diferenciables de aquellas que rigen el contrato de trabajo, tal y como lo esclareció la Corte Constitucional en sentencia C-211 de 2000 en donde señaló:

> "Las cooperativas de trabajo asociado se diferencian de las demás en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador. Siendo así no es posible hablar de empleadores por una parte, y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente. Esta la razón para que a los socios-trabajadores de tales cooperativas no se les apliquen las normas del Código Sustantivo del Trabajo, estatuto que regula solamente el trabajo dependiente, esto es, el que se presta bajo la continuada dependencia o subordinación de un empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina

> salario. En las cooperativas de trabajo asociado no existe ninguna relación entre capital-empleador y trabajador asalariado pues el capital de éstas está formado principalmente por el trabajo de sus socios, además de que el trabajador es el mismo asociado y dueño. Así las cosas no es posible derivar de allí la existencia de un empleador y un trabajador para efectos de su asimilación con los trabajadores dependientes.".

Conforme a lo expuesto, se concluye entonces que las cooperativas de trabajo asociado deben realizar su objeto social de manera directa a través de sus asociados, -salvo las excepciones autorizadas por ley- y puede ser encaminado a la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, pues dicho ente tiene como finalidad ser autogestionario y sus asociados tienen la doble connotación de *trabajadores y gestores* de la misma; además el legislador ha distinguido las actividades desarrolladas por las cooperativas de trabajo asociado, y de manera particular, de las Empresas de Servicios Temporales, precisando que las Cooperativas de Trabajo Asociado no pueden actuar como intermediarios laborales enviando trabajadores en misión pues se desnaturaliza la actividad empresarial de aquella, tal y como se desprende de los artículos 16 y 17 del aludido Decreto 4588 de 2006, lo que desata la consecuencia jurídica también dispuesta en dicha normativa según la cual, cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.

Efectuadas las anteriores precisiones, se encuentra acreditado en juicio: **i)** la suscripción entre la demandante y C.T.A. COOVIAM de un convenio de trabajo asociado el 02 de abril de 2018, para desempeñar el cargo de Vigilante (fls.204 a 208 del archivo 01); y **ii)** La terminación del aludido convenio el 16 de abril de 2018, en donde se tuvo que no era apto para la prestación del servicio de vigilancia (fl.13 del archivo 01).

No obstante, para establecer que la demandante prestó sus servicios a favor de la cooperativa, le correspondía a esta en un primer lugar determinar que la vinculación de la actora se efectuó como cooperada, por lo que, en virtud de lo establecido en sus estatutos debía la cooperativa para poder vincular a la accionante exigir la acreditación de lo dispuesto en el literal d) y el parágrafo 1° del artículo 10 del Acuerdo N° 1 –Régimen de

Trabajo Asociado de la Cooperativa-, esto es, que se hubiera asistido a un curso de vigilancia en instituciones autorizadas en nivel básico, y que el aspirante hubiera presentado la constancia de haber recibido curso básico de cooperativismo con énfasis en trabajo asociado, o a recibir en los tres primeros meses contados a partir de su vinculación como trabajo asociado, así como que era obligación asistir a conferencias, seminarios o cursos que programara la cooperativa (fl.261 del archivo 01); presupuestos que no se demostraron que cumpliera la actora para su vinculación, por lo que en tal sentido su vinculación no puede ser tenido coo la de cooperada.

En ese escenario, es dable considerar que opera la presunción del artículo 24 del C.S.T., y por ende que la relación que existió entre las partes era laboral, debiendo la demandada derruir el elemento de la subordinación; carga que no se logra acreditar, y por el contrario la Sala evidencia que existieron aspectos que permiten establecer la configuración de tal elemento, como lo es la remisión por parte de la C.T.A. a la demandante a prestar sus servicios de vigilancia en la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, según informó el representante legal de la cooperativa en interrogatorio de parte.

Así mismo, se observa del aludido Acuerdo N° 1 que, la demandante efectuaba la prestación de sus servicios siguiendo las instrucciones de un coordinador; cumpliendo un horario de trabajo; evitando disminuciones en su ritmo de trabajo, así como suspender estas injustificadamente; cuidando su apariencia personal; utilizando distintivos de la C.T.A.; permaneciendo en el sitio de trabajo que le fuera asignado; solicitando permisos ante superiores jerárquicos; y siendo sujeto de sanciones disciplinarias (fls. 259 a 276 del archivo 01).

Por ello, si bien la forma de asociación cooperativa es válida entre las partes, también lo es que ante la existencia pruebas que desnaturalicen tal relación, el trabajador podía solicitar la existencia del contrato realidad, así se indicó en providencia CSJ SL359-2023 en la que se dijo: "*Los criterios reseñados cobran mayor fuerza y sentido en el caso bajo estudio, si se tiene en cuenta que no está en discusión que los servicios prestados por la actora coincidieron con la vinculación a la empresa de la testigo Fabiola Acuña Díaz,*

quien laboró del 15 de agosto de 2014 al 23 de diciembre de 2015. Siendo ello así, si aquella pretendió la declaración de contrato de trabajo del 2 de junio de 2015 al 22 de febrero de 2017, fácil resulta percibir una intersección con lo que quedó demostrado, que abarcaría, por lo menos, del 2 de junio al 23 de diciembre de 2015. De lo que viene de exponerse, se concluye que el Tribunal cometió los desaciertos endilgados, por manera que se impone casar la sentencia gravada, en cuanto confirmó la absolutoria de primer grado. (…) Baste lo expuesto en sede extraordinaria para anunciar que se revocará el fallo de primera instancia y, en su lugar, se declarará la existencia de un contrato de trabajo entre la Cooperativa accionada y la demandante, ejecutado entre el entre el 2 de junio y el 23 de diciembre de 2015".

En consecuencia, la Sala considera que entre la actora y C.T.A. COOVIAM se está frente a un contrato de trabajo en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que inició el 02 de abril de 2018.

III.2. Sustitución de Empleadores.

La sustitución de empleadores se presenta cuando se cambia de empleador, de titular de la empresa, sin que el establecimiento cambie de identidad, de manera tal que se no efectúa modificación de las actividades o negocios esenciales, y se continúan con las actividades empresariales, tal y como lo establece el artículo 67 del C.S.T.

Al respecto, explica CSJ Rad. 3535 del 24 de enero de 1990 reiterada en las sentencias CSJ SL3003-2020 y CSJ SL1751-2021 que los requisitos de la sustitución de empleadores son el cambio de titularidad de la empresa, establecimiento o entidad económica, por cualquier causa (cesión, venta, arrendamiento, fusión, etc.), la subsistencia de la identidad del negocio, así como la continuidad en la prestación del servicio

Entonces, de acuerdo con lo que enseña la jurisprudencia reiterada de dicha Corporación, se puede decir que la sustitución patronal es resultado de la concurrencia de las condiciones anteriores, de modo que, si falta al menos una, no hay sustitución de empleadores en los términos del artículo 67 del C.S.T.

De igual manera, para el caso resulta oportuno rememorar que la diferencia entre la tercerización laboral y la sustitución de empleadores. Ciertamente, en sentencia CSJ SL3001-2020 se señaló que en la primera, el empresario *"hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo" (CSJ SL467-2019)", lo que usualmente se concreta a través de la figura de los contratistas y subcontratistas", "hay una externalización de tareas o, si se quiere, un traspaso de actividades de una empresa a otra, pero sin transferencia de la organización empresarial. Por ello, la empresa cesionaria puede reversar la actividad cedida o delegarla en otro contratista"*; en cambio, en la segunda no solo hay una transmisión de actividad, sino que *"también se trasfieren las estructuras y elementos organizativos suficientes para dar continuidad a la explotación de bienes y servicios ofrecidos al mercado"*, de manera que no hay sustitución si no hay el traslado de los medios organizativos y productivos de una compañía a la otra, que le permitan seguir explotando el negocio cedido.

Aclarado lo anterior, en el *sub lite* se observa que acreditó en juicio que entre la accionante y VIGILANCIA SANTAFEREÑA CIA LTDA. se celebró un contrato de trabajo de obra o labor que inició el 23 de marzo de 2017 y que terminó el 02 de abril de 2018 para que la demandante desempeñara el cargo de Vigilante (fls. 303 a 306 del archivo 01); periodo en el que fue remitida a la Universidad Distrital Francisco José de Caldas según informó el representante legal de la empresa de vigilancia. Posteriormente, se avizora que se celebró un convenio de trabajo asociado entre la demandante con la C.T.A. COOVIAM que perduró entre el 02 y el 16 de abril de 2018, relación que como quedó visto constituye un verdadero contrato de trabajo, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, y en la que la actora fue remitida a prestar sus servicios a la misma universidad en que había estado con la empresa de vigilancia.

Así las cosas, debe advertir la Sala que lo que se observa es que un tercero ajeno a este proceso, esto es, la Universidad Distrital Francisco José de Caldas acudió a una tercerización para que la actora prestara servicios de vigilancia en sus instalaciones, figura que como quedó vista es distinta a la sustitución de empleadores, la que en todo caso, no puede predicarse

existió, puesto que no se avizora un cambio de titularidad de VIGILANCIA SANTAFEREÑA CIA LTDA. por cesión, venta, arrendamiento, fusión, etc., así como tampoco la continuidad en la prestación del servicio de la demandante de VIGILANCIA SANTAFEREÑA CIA LTDA. a C.T.A COOVIAM, pues a folio 306 del archivo 01 se allegó la correspondiente liquidación del contrato de trabajo que la actora sostuvo con la aludida empresa de vigilancia.

Por tanto, para los efectos de la presente sentencia se tendrá que la actora tuvo con las demandadas dos contratos de trabajo que son completamente disímiles, es decir, con VIGILANCIA SANTAFEREÑA CIA LTDA. del 23 de marzo de 2017 al 02 de abril de 2018, y otro, con C.T.A. COOVIAM que inició el 02 de abril de 2018; motivo por el que tampoco resulta factible considerar que entre las demandadas pudo existir algún tipo de solidaridad.

III.3. Fuero de Maternidad.

El derecho de las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad se encuentra previsto en el artículo 43 de la Constitución, norma que señala expresamente que las mujeres tienen derecho a gozar de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y que deben recibir un subsidio alimentario, en caso de desempleo o desamparo.

Así mismo, es menester destacar que la mujer embarazada o lactante goza de protección frente a la discriminación en el ámbito laboral a raíz del embarazo, específicamente que se efectúe la terminación o la no renovación de su contrato por causa o con ocasión de esa condición o de la lactancia. De este modo, el fuero de maternidad, encuentra también su sustento en la cláusula general de igualdad de la Constitución que proscribe la discriminación por razones de sexo, así como en el ya mencionado artículo 43 Superior, que dispone la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres.

Adicionalmente, la prohibición de discriminación en el ámbito laboral de las mujeres en estado de embarazo ha sido ampliamente desarrollada por

numerosos instrumentos internacionales, entre los cuales se destacan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -P.I.D.E.S.C. (artículo 26), la Convención Americana sobre Derechos Humanos -C.A.D.H. (artículos 20 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales -P.I.D.E.S.C. (artículos 2° y 6°), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belém do Pará– (artículos 4° y 6°) y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer-C.E.D.A.W. (artículo 11). Así mismo, los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) son un referente especialmente relevante en materia de igualdad y no discriminación de las mujeres en el empleo.

De otro lado, la sentencia SU-070 de 2013 proferida por la H. Corte Constitucional señaló que "*la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es*".

De esta manera, la prohibición de despido por causa o con ocasión del embarazo se encamina a garantizar a la mujer embarazada o lactante un ingreso que permita el goce del derecho al mínimo vital y a la salud, de forma independiente. En este sentido, la jurisprudencia antes aludida ha afirmado que la protección reforzada de la mujer embarazada estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz; mandato que guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia.

Finalmente, no puede perderse de vista la relevancia de la familia en el orden constitucional, la que es una justificación adicional de la especial protección de la mujer gestante y lactante. Así, la Sala considera necesario

hacer mención del artículo 239 del C.S.T., norma que disponía - para la época de los hechos, pues recuérdese que ha sido modificada posteriormente por la Ley 1822 de 2017 y la Ley 2141 de 2021-, que ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia; que se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente; que las trabajadoras que sean despedidas en tal escenario y sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de 60 días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo; y que en el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las 17 semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad.

De esta manera, es claro que ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de su embarazo o lactancia, señalando la H. Corte Constitucional a través de las sentencias SU-070 de 2013 y SU-075 de 2018 que, se configura la estabilidad laboral reforzada de la mujer en condición de embarazo o lactancia, siempre y cuando se verifiquen las siguientes reglas:

> **"(i)** La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo procede cuando se demuestre, sin ninguna otra exigencia adicional, lo siguiente:
>
> (a) La existencia de una relación laboral o de prestación y;
>
> (b) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.
>
> **(ii)** No obstante, el alcance de la protección se debe determinar a partir de dos factores:
>
> (a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador; y
>
> (b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.
>
> 24. En otras palabras, se configura el derecho a la estabilidad laboral reforzada siempre que se demuestre el estado de embarazo de la trabajadora desvinculada durante la vigencia del contrato laboral, pero el grado de

> protección judicial derivada del fuero de maternidad y lactancia dependerá de si el empleador conocía del estado de gestación de la trabajadora y de la modalidad del contrato laboral en el cual se hallaba vinculada, pues se trata de proteger el derecho a la igualdad de la mujer gestante y garantizar la no discriminación por esa causa".

Por su parte, CSJ Rad. 47001 del 15 de abril de 2015 expuso que el fuero de maternidad debe garantizarse independientemente del tipo de contrato laboral que una a la trabajadora, que queda embarazada en vigencia del mismo, con su empleador, pues la finalidad de aquélla es proteger a la madre y al hijo que está gestando. Lo anterior, porque tanto en la expiración de un contrato o en el despido converge una misma consecuencia, cual es, que la trabajadora queda cesante, circunstancia cuya ocurrencia es la que precisamente se pretende evitar, en aras de un efectivo amparo de la trabajadora y de aquél que está por nacer.

No obstante, para esta Corporación, el conocimiento empresarial del estado de embarazo no se concibe como el elemento determinante para establecer el grado de protección sino como una exigencia legal para salvaguardar el empleo de la mujer en condición de embarazo o lactancia, pues en reiterada jurisprudencia ha adoctrinando que, para la protección en el empleo es indispensable el conocimiento del empleador por cualquier medio, o incluso presumirse de un embarazo realmente notorio, sin que sea menester que la empleada esté obligada a acompañar una certificación médica sobre su estado de gravidez; y que si el conocimiento del empleador deriva de la información que suministra la propia trabajadora de encontrarse encinta, respaldada desde luego con el hecho cierto del embarazo acreditable posteriormente con cualquier medio probatorio, ciertamente tal noticia está revestida de la presunción de buena fe y satisface el propósito normativo de asegurar el conocimiento del obligado a cumplir la protección (CSJ Rad. 10993 del 28 de septiembre de 1998, CSJ Rad. 40283 del 30 de agosto de 2011, CSJ Rad. 41075 del 19 de octubre de 2011, CSJ Rad. 46731 del 28 de mayo de 2015, y CSJ SL1352-2020)

Pues bien, en el caso es posible determinar que entre la actora y C.T.A. COOVIAM existía una relación laboral; que la demandante estaba en embarazo al momento de finalizar dicho nexo contractual, puesto que según examen que le fuere practicado el 11 de julio de 2018 tenía 29,6 semanas

(fl.16 del archivo 01), por lo que, para el 02 de abril de 2018 alcanzaba aproximadamente 15 semanas de gestación; que entre C.T.A. COOVIAM C.T.A. y Medlucara Ltda. se celebró un contrato de prestación de servicios, en el que el último se obligaba con el primero a efectuar exámenes de salud ocupacional, ingreso, periódico y de egreso (fls. 195 y 196 del archivo 01); y que en el examen de ingreso que le fuere realizado por Medlucara Ltda. a la demandante se le hicieron laboratorios clínicos, en donde se incluyó una prueba de embarazo que tuvo como resultado positivo (fls. 36 a 39 del archivo 01).

Al punto, se hace necesario rememorar que en el artículo 10° de la Ley 1751 de 2015 existe la garantía "*a que la historia clínica sea tratada de manera confidencial y reservada y que únicamente pueda ser conocida por terceros, previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley*". A la par, establece la H. Corte Constitucional en sentencia T-305 de 2020 *"que las I.P.S. tienen el deber de obtener el consentimiento previo, libre e informado de los trabajadores, de manera que: (i) se les informe claramente sobre los exámenes específicos que deben realizarse y las razones que los motivan; y, (ii) se proteja su derecho a la intimidad, entregándoles directamente sus resultados médicos u obteniendo su autorización expresa para remitirlos a un tercero; garantías mínimas que se derivan del mismo ordenamiento jurídico explicado con anterioridad".*

Por tanto, es posible establecer que la ley y la jurisprudencia constitucional prohíbe realizar ciertos exámenes que atentan contra la dignidad del trabajador o que pueden resultar discriminatorios como la prueba de embarazo, lo que de conformidad con la sentencia T-305 de 2020, únicamente resulta justificable si el empleador demuestra de manera objetiva que el ejercicio de la labor que se va a encargar resulta claramente incompatible con una determinada enfermedad o representa un riesgo para la madre gestante o su hijo.

De esta manera, Medlucara Ltda. estaba vedada para realizar a la demandante exámenes de embarazo, pues aunado a que le ley restringía la realización de tal análisis, no se encuentra acreditado que el cargo que iba a desarrollar la actora representaba un riesgo para ella o su hijo, por demás

que conforme a lo anteriormente expuesto para considerar como valido su consentimiento, se necesitaba que se informara a la trabajadora las razones de la práctica de tal examen; no obstante, y contrario a ello, únicamente se informó que dichos estudios eran para verificar su salud física, y características de personalidad (archivo 38 del archivo 01), por lo que, en tales condiciones no es dable considerar que esta brindó su consentimiento y por ende, que se vio afectado el derecho a la intimidad de la trabajadora.

Por las anteriores razones, no era factible que se practicara a la demandante dentro de su examen de ingreso, un estudio para determinar si se encontraba en estado de gravidez; análisis que como quedo visto se realizó en el marco del contrato de prestación de servicios suscrito entre C.T.A. COOVIAM y Medlucara Ltda. y que por ende, permite determinar que se realizó con el fin de esclarecer las condiciones de salud física, mental y social de la trabajadora antes de su contratación, incluyendo si se encontraba en estado de embarazo.

En tales condiciones, considera la Sala que se activa la presunción de que trata el artículo 239 del C.S.T. y, por ende, que la trabajadora fue despedida por su condición de embarazo, correspondiéndole acreditar a C.T.A. COOVIAM que el contrato terminó por razones distintas al embarazo de la accionante.

Al respecto, al plenario se arrimó carta de terminación de la C.T.A. en la que se informa que se da por finiquitado el contrato de trabajo por cuanto en el período de inducción y/o capacitación de conformidad con la cláusula novena del convenio de trabajo asociado, se arrojó como resultado que no era apta para la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada (fl. 13 del archivo 01); aspecto que se reforzó con la testigo Ximena Marcela Peña, quien dio cuenta que la demandante no resultó apta por la calificación que obtuvo en la entrevista operativa frente al manejo de armas en donde obtuvo una calificación de 6/10.

Sobre el tópico, es necesario tener en cuenta que la demandante no es posible enmarcarla como una trabajadora asociada, de manera que no podía terminarse su vinculación en virtud del convenio asociativo, por lo

que, en tales condiciones es dable deprecar que la terminación de tal vinculación fue como consecuencia de la condición de embarazo de la actora.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala considera que es dable ordenar el reintegro requerido por la demandante junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social, desde el momento de su despido, 16 de abril de 2018 hasta que se efectivo el aludido reintegro.

III.4. Indemnización del artículo 239 del C.S.T.

Como se expuso el inciso 3° del artículo 239 del C.S.T. dispone que las trabajadoras que gozan de fuero de maternidad y que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho a una indemnización de 60 días de trabajo. Atendiendo y ello, y dado que la demandante devengaba la suma de $781.242 según convenio de trabajo asociado, hay lugar al pago de **$1’562.484**; rubro que se deberá pagar debidamente indexado al verse sometido a depreciación monetaria.

III.5. Licencia de Maternidad.

Igualmente, el inciso 4° del artículo 239 del C.S.T. establece que hay lugar que *“en el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia”*. Por tanto, y dado que la demandante, fue despedida sin gozar de dicha licencia hay lugar a su reconocimiento, lo que equivale a la suma de **$2’552.057,20.**

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**,

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar se dispone:

A. DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre C.T.A. COOVIAM y YOLANDA IBETH GALLO que inició el 02 de abril de 2018 y que a la fecha se encuentra vigente.

B. CONDENAR a C.T.A. COOVIAM a reintegrar a YOLANDA IBETH GALLO a partir del 17 de abril de 2018; páguese salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social desde la aludida fecha hasta que se haga efectivo el reintegro; valores que deberán pagarse debidamente **indexado**.

C. CONDENAR a C.T.A COOVIAM a pagar por concepto de indemnización de que trata el inciso 3° del artículo 239 del C.S.T. la suma de **$1’562.484;** rubro que se deberá pagar debidamente indexado.

D. CONDENAR a C.T.A COOVIAM a pagar por concepto de semanas que el trabajador no gozó de licencia de maternidad de que trata el inciso 4° del artículo 239 del C.S.T. la suma de **$2’552.057,20.**

E. ABSOLVER a C.T.A. COOVIAM de las demás pretensiones incoadas por la demandante.

F. ABSOLVER a VIGILANCIA SANTAFEREÑA Y CIA LTDA. de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO. –. Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR