

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2020-00521-00

ACCIONANTE: DEISY JHOANNA CONTRERAS CUBILLOS

ACCIONADA: DOSMOPAR S.A.S.

SENTENCIA

En Bogotá D.C., a los quince (15) días del mes de enero del año dos mil veintiuno (2021) procede este despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por **DEISY JHOANNA CONTRERAS CUBILLOS**, quien solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la Estabilidad Laboral Reforzada, Vida, Mínimo Vital, Salud, Trabajo, y Seguridad Social, presuntamente vulnerados por **DOSMOPAR S.A.S.**

RESEÑA FÁCTICA

Manifiesta la accionante, que ingresó a laborar al servicio de DOSMOPAR S.A.S., mediante un contrato de trabajo a término indefinido, en el cargo de servicios generales.

Que durante la ejecución del contrato cumplió a cabalidad con todas sus funciones.

Que notificó a su empleador acerca de su estado de embarazo, y que pese a ello decidió dar por terminado de forma unilateral su contrato de trabajo.

Que la terminación del contrato de trabajo fue con ocasión a su estado de embarazo.

Que en la actualidad no cuenta con ingreso económico alguno que le permita pagar sus obligaciones y solventar sus necesidades básicas.

Que no cuenta con los recursos para acudir a los controles médicos, ni adquirir los medicamentos y suplementos requeridos.

Con sustento en lo anterior, solicita se ordene a **DOSMOPAR S.A.S.** reintegrarla a su cargo, junto con el reembolso de los salarios adeudados, de las prestaciones sociales y de los aportes a la seguridad social dejados de percibir.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

DOSMOPAR S.A.S.

Allegó contestación el 18 de diciembre de 2020, en la cual indica que la accionante ingresó a trabajar el 03 de febrero de 2020.

Que el contrato de trabajo se ejecutó por 33 días, y finalizó el 06 de marzo de 2020 estando en periodo de prueba.

Que la accionante no notificó su estado de embarazo.

Que la terminación del contrato de trabajo no obedeció al estado de embarazo de la accionante o a su periodo de lactancia, sino a la no superación del período de prueba.

Que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para la protección de los derechos presuntamente vulnerados a la accionante.

Que la acción de tutela carece del requisito de inmediatez, pues la accionante no acudió al Ministerio de Trabajo o al Juez Laboral al momento de la terminación del contrato de trabajo.

Por lo anterior, solicita declarar improcedente la acción de tutela, por cuanto no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante, existen otros mecanismos de defensa y no se cumple el requisito de inmediatez.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en los antecedentes expuestos, el Despacho se plantea el siguiente problema jurídico: ¿Es procedente la acción de tutela para amparar los Derechos Fundamentales a la Estabilidad Laboral Reforzada, Vida, Mínimo Vital, Trabajo y Seguridad Social de la señora **DEISY JHOANNA CONTRERAS CUBILLOS**, al haber sido desvinculada laboralmente por su empleador **DOSMOPAR S.A.S.** sin tener en cuenta su estado de embarazo, y como consecuencia, ordenar el reintegro junto con el pago de salarios y prestaciones sociales?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

De acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corte Constitucional¹, en armonía con los artículos 86 de la Carta Política y 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter *subsidiario*, procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

La Corte Constitucional ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos fundamentales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual; es decir, procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración². De lo contrario, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales³.

¹ Sentencias T-228 de 2012 y T-177 de 2011. Ver también las Sentencias T-731, T-677, T-641 y T-426 de 2014; T-891, T-889, T-788 y T-736 de 2013; T-1074, T-1058, T-1047, T-932, T-928, T-778, T-703, T-699, T-452, T-358, SU-195 y T-001 de 2012; SU-339, T-531, T-649, T-655, T-693, T-710 y T-508 de 2011; T-354 de 2010; C-543 de 1992, entre otras.

² Sentencia T-753 de 2006.

³ Sentencia T-406 de 2005.

Así las cosas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: **(i)** los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; **(ii)** se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, **(iii)** el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

La jurisprudencia constitucional, al respecto ha indicado, que el perjuicio ha de ser **inminente**, esto es, que la amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser **urgentes**; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea **grave**, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea **impostergable**, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad⁴.

De igual forma, la Corte Constitucional ha aclarado que, pese a la informalidad del amparo constitucional, **el actor debe exteriorizar y sustentar los factores a partir de los cuales pretenda derivar el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela**. Así se pronunció la Corte, sobre el punto:

“En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable.

⁴ Sentencias T-136, T-331 y T-660 de 2010; T-147, T-809 y T-860 de 2009; T-409 y T-629 de 2008; T-262 y T-889 de 2007; T-978 y T-1017 de 2006; T-954 y T-1146 de 2005; providencias en las que la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela por la no ocurrencia del perjuicio irremediable.

La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte⁵ que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”⁶.

En síntesis, la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y la naturaleza legal de las relaciones laborales, implican, en principio, la improcedencia de la acción de tutela, pues los trabajadores tienen a su disposición acciones judiciales específicas para solicitar el restablecimiento de sus derechos. Sin embargo, ante indiscutibles condiciones de debilidad de quien reclama, que suponen la protección reforzada de su estabilidad laboral, aquellas acciones ordinarias pueden resultar inidóneas o ineficaces para brindarles un remedio integral, motivo por el que la protección procederá de manera definitiva. Finalmente, la protección también podrá concederse, aunque de manera transitoria, si se verifica la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

EL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

Para determinar la procedencia de la acción de tutela se debe analizar el cumplimiento del requisito de inmediatez. Este hace referencia a que la acción de tutela se debe interponer dentro de un plazo razonable y proporcional al hecho o acto que generó la violación de los derechos fundamentales invocados, con el objetivo de evitar que se desvirtúe la naturaleza célere y urgente de la acción de tutela, o se promueva la negligencia de los actores y que la misma se convierta en un factor de inseguridad jurídica⁷.

La Corte Constitucional ha resaltado que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela no tiene término de caducidad⁸. Sin embargo, la solicitud de amparo debe formularse en un término razonable desde el momento en el que se produjo el hecho presuntamente vulnerador de los derechos fundamentales. Esta exigencia se deriva de la finalidad de la acción constitucional, que pretende conjurar situaciones urgentes que requieren de la actuación rápida de los jueces. Por ende, cuando

⁵ Sentencia T-290 de 2005.

⁶ Sentencia T-436 de 2007.

⁷ Sentencias T-730 de 2003; T- 678 de 2006; T-610 de 2011; T-899 de 2014, entre otras.

⁸ Sentencia SU-961 de 1999.

el mecanismo se utiliza mucho tiempo después de la acción u omisión que se alega como violatoria de derechos, se desvirtúa su carácter apremiante⁹.

Así mismo, este requisito de procedencia tiene por objeto respetar o mantener la certeza y estabilidad de los actos o decisiones que no han sido controvertidos durante un tiempo razonable, respecto de los cuales se presume la validez de sus efectos ante la ausencia de controversias jurídicas. En atención a esas consideraciones, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que, de acuerdo con los hechos del caso, corresponde al juez establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.

En efecto, bajo ciertas circunstancias y situaciones de excepcionalidad, el juez constitucional puede concluir que una acción de tutela interpuesta después de un tiempo considerable desde la amenaza o vulneración del derecho fundamental, resulta procedente. En este sentido, la jurisprudencia ha identificado tres eventos:

“(i) [Ante] La existencia de razones válidas para la inactividad, como podría ser, por ejemplo¹⁰, la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas, entre otras.

(ii) Cuando a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece, es decir, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata.

(iii) Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, lo que constituye un trato preferente autorizado por el artículo 13 de la Constitución que ordena que ‘el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia

⁹ Sentencia T-040 de 2018.

¹⁰ Sentencias T-1009 de 2006 y T-299 de 2009.

*de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan’.*¹¹

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte ha precisado, que el presupuesto de inmediatez (i) tiene fundamento en la finalidad de la acción, la cual supone la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental¹²; (ii) persigue la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros; e (iii) implica que la tutela se haya interpuesto dentro de un plazo razonable, el cual dependerá de las circunstancias particulares de cada caso.

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA OBTENER EL REINTEGRO LABORAL, SALVO QUE SE TRATE DE RESGUARDAR EL DERECHO A LA PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA, CUYOS SUPUESTOS DEBEN ESTAR DEMOSTRADOS.

En lo que se refiere a las solicitudes de reintegro laboral, la Corte Constitucional ha reiterado en numerosas ocasiones que en principio la acción de tutela no resulta procedente para resolver controversias derivadas de las relaciones de trabajo¹³, en virtud de la existencia de mecanismos judiciales ordinarios ante la Jurisdicción Laboral o la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según sea la naturaleza de la vinculación jurídica del demandante¹⁴.

Así, por ejemplo, en el caso de vínculos laborales entre particulares regidos por el Código Sustantivo del Trabajo, las controversias relacionadas con reintegros se deben resolver en la Jurisdicción Laboral a través de una demanda ordinaria; mientras que, en lo que atañe a las relaciones laborales que se originan entre una entidad del Estado y un servidor público, estos debates –por lo general– se deben solucionar en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a través del medio de control que corresponda para el efecto, es decir, en estos asuntos existe una alternativa judicial distinta a la tutela, mediante la cual se puede desplegar todo el debate probatorio necesario para determinar si hubo o no una decisión ajustada a derecho por parte de empleador.

En efecto, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en el numeral 1º de su artículo 2º, contempla la regla de competencia en cabeza del juez laboral para conocer de todos aquellos conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo, como el relacionado con el reintegro y las demás prestaciones derivadas de la protección a la estabilidad laboral reforzada.

¹¹ Sentencia T-1028 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹² Sentencia T-246 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

¹³ Sentencias T-400 de 2015, T-663 de 2011 y T-864 de 2011.

¹⁴ Sentencia T-400 de 2015.

Es de señalar, que la Corte ha hecho extensiva la protección mencionada *“(…) a todos aquellos trabajadores que, de ser despedidos o desvinculados, quedarían sumidos en una completa situación de desprotección, como aquellos que han sufrido menguas en su salud o en su capacidad general para desempeñarse laboralmente”*¹⁵ y solo en esta singular hipótesis, ha aceptado la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la estabilidad laboral reforzada allí contenido, pues, como se dijo, por regla general estas controversias son de conocimiento del juez ordinario.

Así, la Alta Corporación ha anotado que si bien el despido de un sujeto de especial protección constitucional es un asunto de relevancia constitucional, la protección de sus derechos puede garantizarse a través del mecanismo ordinario, en la medida en que el legislador desarrolló las garantías contenidas en la ley, precisamente para que el juez laboral tuviera la competencia y las herramientas legales necesarias para conocer de este tipo de procesos¹⁶.

Ahora bien, respecto a la idoneidad del mecanismo de defensa judicial al alcance del afectado, la Corte determinó que *“ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata”*¹⁷, lo que requiere del juzgador constitucional un análisis de las condiciones de vulnerabilidad del accionante¹⁸, la cual se materializa en tres condiciones a saber: *“(i) pertenecer a un grupo de especial protección constitucional, (ii) hallarse en una situación de riesgo (condición subjetivo negativa) y (iii) carecer de resiliencia, esto es, de capacidad para esperar la finalización de la vía judicial ordinaria (condición subjetivo positiva)”*¹⁹.

En la Sentencia **SU-040 de 2018**, se recogieron las reglas que la jurisprudencia constitucional ha fijado²⁰ en relación con la estabilidad reforzada para que proceda su protección:

*“(i) La tutela no puede llegar al extremo de ser considerada el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo, en la medida en que no existe un derecho fundamental general a la estabilidad laboral. Sin embargo, en los casos en que la persona se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, la tutela puede llegar a ser procedente como mecanismo de protección*²¹, *atendiendo las circunstancias particulares del caso.*

¹⁵ Sentencia T-419 de 2016.

¹⁶ Sentencia T-298 de 2014.

¹⁷ Sentencia T-318 de 2017.

¹⁸ Sentencia T-664 de 2017.

¹⁹ Sentencia T-670 de 2017.

²⁰ Sentencias T-427 de 1992; T-441 de 1993; T-576 de 1998 y T-826 de 1999, entre otras.

²¹ Sentencia T-576 de 1998.

(ii) El concepto de “estabilidad laboral reforzada” se ha aplicado en situaciones en las que personas que gozan de ella, han sido despedidas o sus contratos no han sido renovados, en claro desconocimiento de las obligaciones constitucionales y de ley, para con las mujeres embarazadas, trabajadores aforados, personas discapacitadas u otras personas en estado de debilidad manifiesta.

(iii) Con todo, no es suficiente la simple presencia de una enfermedad o de una discapacidad en la persona, para que por vía de tutela se conceda la protección constitucional descrita. Para que la defensa por vía de tutela prospere, debe estar probado que la desvinculación fue consecuencia de esa particular condición de debilidad, es decir, con ocasión de embarazo, de la discapacidad, de la enfermedad, etc. En otras palabras, debe existir un nexo causal entre la condición que consolida la debilidad manifiesta y la desvinculación laboral^{22,23}

En conclusión, la naturaleza de la tutela como mecanismo subsidiario exige que se adelanten las acciones judiciales o administrativas alternativas y que, por lo tanto, no se pretenda instituir a la acción de tutela como el medio principal e idóneo para la reclamación de prestaciones sociales. La Corte Constitucional ha determinado que no es una elección del accionante acudir al mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico o interponer la acción de tutela, si así lo prefiere, pues, de ser así, la acción de tutela respondería a un carácter opcional y no subsidiario como el que le es propio²⁴.

PROTECCIÓN REFORZADA A LA MATERNIDAD Y LA LACTANCIA EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO (SU-070 DE 2013 y SU-075 DE 2018).

La Corte Constitucional, en la Sentencia **SU-070 de 2013**, determinó las reglas relacionadas con el alcance de la protección laboral reforzada de la mujer embarazada. Las medidas que deben adoptarse tienen un alcance distinto según la modalidad de vinculación que presenta la alternativa laboral desarrollada por la mujer gestante, y según el empleador haya conocido o no del embarazo al momento del despido.

En la Sentencia se estableció que, antes de verificar el alcance de la protección, deberá verificarse que en el caso concreto proceda la protección reforzada derivada de la maternidad. Será procedente cuando se demuestre, sin alguna otra exigencia adicional: a) la existencia de una relación laboral o de prestación y, b) que la mujer se encuentre en

²² Sentencia T-826 de 1999.

²³ Sentencia T-077 de 2014.

²⁴ Sentencia T-647 de 2015.

estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.

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.

Ahora bien, en la Sentencia **SU-075 de 2018**, la Corte precisó las reglas jurisprudenciales a seguir en los casos donde se procure la protección de las mujeres en estado de embarazo, dependiendo del tipo de contratación laboral. Para los eventos en los que la vinculación laboral haya sido por contrato a término indefinido, se determinará de la siguiente manera:

(i) Cuando el empleador conoce del estado de gestación de la trabajadora, se mantiene la regla prevista en la Sentencia SU-070 de 2013. Por consiguiente, se debe aplicar la protección derivada del fuero de maternidad y lactancia, consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.

(ii) Cuando existe duda acerca de si el empleador conoce el estado de gestación de la trabajadora, opera la presunción de despido por razón del embarazo consagrada en el numeral 2 del artículo 239 del CST. 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.

Así las cosas, conforme la modificación del precedente jurisprudencial, la Corte estimó que *“cuando se demuestra en el proceso de tutela que el empleador no tiene conocimiento sobre el estado de gravidez, con independencia de que se haya aducido justa causa, no debe sufragar las cotizaciones requeridas para que la empleada tenga derecho a acceder a la licencia de maternidad. Tampoco debe pagar dicha prestación económica como medida sustitutiva ni está obligado a reintegrar a la trabajadora desvinculada laboralmente”*²⁵.

Por otra parte, la Corte Constitucional señaló, que tratándose de la protección constitucional reforzada a la mujer embarazada en el ámbito laboral, las reglas de procedencia de la acción de tutela son las generales que han sido definidas en la jurisprudencia, verbigracia, subsidiariedad e inmediatez.

Así mismo indicó, que el juez de tutela debe valorar, en cada caso concreto, los supuestos que rodean el despido de la trabajadora, para determinar si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral. Así, por ejemplo, deberá darse un trato diferenciado si se trata de cargos de temporada o de empresas pequeñas, respecto de cargos permanentes dentro de grandes compañías o cuando la vacante dejada por la trabajadora despedida, fue suplida con otro trabajador.

Igualmente, la Corte Constitucional reiteró, que deberá entenderse que las reglas derivadas de la protección constitucional reforzada a la mujer embarazada y lactante, se extienden por el término del periodo de gestación y la licencia de maternidad, es decir, los tres meses posteriores al parto.

CASO CONCRETO

La señora **DEISY JHOANNA CONTRERAS CUBILLOS** interpone acción de tutela en contra de **DOSMOPAR S.A.S.**, solicitando el amparo de sus Derechos Fundamentales a la Estabilidad Laboral Reforzada, Vida, Mínimo Vital, Salud, Trabajo, y Seguridad Social.

²⁵Sentencia SU-075 de 2018.

Afirma la accionante que sostuvo una relación laboral con la empresa **DOSMOPAR S.A.S.**, bajo un contrato de trabajo a término indefinido, el cual fue terminado de manera ilegal desconociendo su estado de embarazo, razón por la que solicita el reintegro, junto con el reembolso de los salarios, las prestaciones sociales y los aportes a la seguridad social dejados de percibir.

La accionada **DOSMOPAR S.A.S.**, al contestar la acción de tutela, aceptó la existencia del contrato de trabajo desde el 03 de febrero hasta el 06 de marzo de 2020, pero niega que se haya terminado de manera ilegal, pues asegura que obedeció a la no superación del período de prueba, más no al estado de embarazo de la accionante dado que nunca notificó tal condición a la empresa.

De acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia constitucional, por regla general la acción de tutela no es el mecanismo procedente para solicitar el reintegro ni el pago de acreencias laborales, al existir mecanismos ordinarios de defensa ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral por medio de los cuales se pueden debatir los asuntos derivados del contrato de trabajo.

Precisamente, al analizar las circunstancias que rodean el caso en estudio, considera el Despacho que la presente acción de tutela es **improcedente** en tanto no se cumple el requisito de **subsidiariedad**, por las razones que se exponen a continuación:

En primera lugar, la accionante no acudió al Juez Ordinario Laboral para la resolución de su conflicto, sino que presentó la acción de tutela meses después de la finalización de la relación laboral, frente a lo cual se debe decir, que prescindir de la Jurisdicción Ordinaria en un caso como éste, comportaría la desnaturalización de la acción de tutela como un mecanismo subsidiario y lo convertiría en principal.

Ahora, en lo relativo a la idoneidad y a la eficacia del mecanismo ordinario, considera el Despacho que no pueden estar supeditadas a la voluntad del interesado de ejercer o no su derecho de acción, sino a la efectiva demostración de que el mecanismo ordinario ha sido agotado y pese a ello persiste la vulneración.

En este mismo sentido la Corte Constitucional ha señalado, que un proceso ordinario laboral es idóneo para lograr proteger los derechos fundamentales del trabajador, debido a que el objetivo de un proceso de esa naturaleza es solucionar los conflictos de orden laboral, contando con mecanismos de recaudo de pruebas y valoración de testimonios,

que permiten resolver los problemas en discusión y adoptar las medidas que eventualmente sean necesarias para la protección de los derechos afectados.

De este modo, ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, que en este caso corresponde a un proceso ordinario laboral eficaz e idóneo, la presente acción de tutela tan solo podría llegar a ser procedente como mecanismo transitorio de protección en caso que se comprobara que la accionante se encuentra sometida a la posible materialización de un perjuicio irremediable.

Sin embargo, en el presente caso no hay prueba de la afectación inminente, urgente, grave e impostergable de los derechos a la dignidad humana, al mínimo vital o a la seguridad social de la accionante o de su hijo.

En el hecho quinto del escrito de tutela la accionante manifestó, que no cuenta con los recursos económicos para asistir a controles médicos ni para adquirir medicamentos, y que no cuenta con ingreso económico alguno que le permita solventar sus necesidades básicas y las de su familia, sin embargo, no aportó prueba -siquiera sumaria- que acredite alguna de dichas circunstancias.

Por el contrario, está probado que tanto la accionante como su hijo se encuentran afiliados al régimen contributivo en salud, en Medimás EPS, en calidad de beneficiarios, según la consulta realizada de oficio en la Base de Datos Única de Afiliados – BDUA del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ahora, desde el punto de vista de la inmediatez también está descartado el perjuicio irremediable, pues desde el momento en que se configuró el hecho que la accionante considera como vulnerador de sus derechos fundamentales, hasta la presentación de la acción de tutela, ha transcurrido un lapso de tiempo que descarta el carácter apremiante de la solicitud de amparo. Nótese que la relación laboral se terminó el 06 de marzo de 2020, mientras que la acción de tutela fue presentada el 15 de diciembre de 2020, esto es, después de transcurridos 9 meses.

Como se puede vislumbrar, existió un extenso periodo de inactividad para reclamar el reintegro con las consecuentes prestaciones que de él se derivan, sin que se haya aportado evidencia de los motivos por los cuales la trabajadora nunca acudió al recurso de amparo, ni a algún otro mecanismo judicial para la protección de los derechos invocados. Dicha inactividad hace presumir que la accionante pudo solventar sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar en ese periodo de tiempo, lo que descarta

el carácter apremiante del amparo y convierte el asunto en un conflicto netamente económico, para el cual están dispuestos los mecanismos ordinarios.

Ahora, en criterio del Despacho, la condición de embarazo o lactancia, por sí sola, no configura un estado de debilidad manifiesta que habilite la procedencia de la acción de tutela. En efecto, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-075 de 2018 constató que existen otras medidas vigentes en el ordenamiento jurídico que protegen los derechos a la salud y al mínimo vital de las mujeres gestantes y de los hijos a su cargo.

En cuanto al primer derecho, señaló que tanto las mujeres embarazadas como los niños menores de un año pueden ser beneficiarios de otro familiar afiliado al régimen contributivo y en todo caso, por disposición del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, deben ser atendidos por el régimen subsidiado cuando no cuentan con recursos económicos para acceder al sistema como cotizantes independientes.

En relación con la segunda garantía, la Corte estimó que existen diversas alternativas de protección, en particular el subsidio alimentario que se encuentra a cargo del ICBF, de conformidad con la Ley 100 de 1993, así como los mecanismos de subsidio al desempleo dispuestos en las leyes 1438 del 2011 y 1636 del 2013.

En síntesis, la ausencia de pruebas que acrediten la urgencia, inminencia, gravedad e impostergabilidad de adoptar medidas para la protección inmediata de las garantías fundamentales, hacen que en este caso no esté acreditado un perjuicio irremediable.

El Despacho resalta, que el examen de procedencia de la acción de tutela no se supera por la sola calificación de la persona como un sujeto de especial protección constitucional, pues en estos casos el examen de procedibilidad es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.

En segundo lugar, los derechos reclamados son inciertos y discutibles. En el escrito de tutela la accionante manifestó haber sido desvinculada unilateralmente por su estado de embarazo. No obstante, en la contestación el empleador negó dicha aseveración, y por el contrario aseguró que la trabajadora nunca notificó su estado de embarazo y que la terminación del contrato obedeció a la no superación del período de prueba.

Como prueba de su dicho, la accionada aportó la carta de terminación del contrato de trabajo del 06 de marzo de 2020 en donde expresó textualmente: *“Por medio de la presente le comunicamos que a partir de la fecha por decisión unilateral no se continuará el*

contrato de trabajo actualmente en período de prueba, ya que en la evaluación periódica del sistema de gestión de calidad en recursos humanos para el perfil contratado no demuestra las aptitudes y habilidades exigidas para el cargo diseñado”.

Adicionalmente, la accionada allegó una copia del contrato de trabajo escrito, en cuyas cláusulas quinta y sexta se estipuló lo siguiente: **“Quinta: Duración del contrato.- Este contrato se celebra en término de prueba por el tiempo definido por la Ley Laboral Colombiana de acuerdo con el C.S.T., el cual es de dos meses, vencido el cual, si el trabajador continúa prestando sus servicios con la aquiescencia expresa del empleador, se entenderá celebrado por un término indefinido.”** **“Sexta: El período de prueba de este contrato será el tiempo definido por la Ley y durante este lapso cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato de trabajo en cualquier momento y sin previo aviso”.**

De conformidad con el artículo 77 del C.S.T. el periodo de prueba debe ser estipulado por escrito, y según el artículo 78 del C.S.T. el periodo de prueba no puede superar dos meses. En el presente caso, el contrato de trabajo escrito inició el 03 de febrero de 2020 y concluyó el 06 de marzo de 2020, término de 33 días en que la accionante se encontraba en período de prueba, de ahí que, conforme el artículo 80 del C.S.T., pudiera darse por terminado unilateralmente en cualquier momento, incluso sin previo aviso.

Así las cosas, los derechos pretendidos en la acción de tutela caen en el terreno de la incertidumbre y requieren un amplio debate probatorio improcedente por vía de tutela, tal como se indicó en el marco normativo de esta providencia.

En gracia de discusión, atendiendo las reglas jurisprudenciales decantadas en la Sentencia SU-075 de 2018, cuando el empleador no conoce el estado de embarazo de la trabajadora al momento de efectuarse la terminación del contrato de trabajo, no está obligado a reintegrarla a su cargo ni tampoco a pagar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, situación que se aplica al presente caso, por cuanto:

i) No hay prueba de que la notificación directa y escrita al empleador respecto del estado de gestación de la accionante, se hubiera realizado con anterioridad a la terminación del contrato de trabajo. Si bien existe una comunicación del 27 de marzo de 2020 en la que la accionante informó su estado, ésta se surtió con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo el 06 de marzo de 2020.

ii) No se configuró un hecho notorio, toda vez que, como lo refirió la accionante en la reunión realizada con la accionada el 13 de marzo de 2020, no estaba segura de su estado de embarazo dado que la EPS le había asignado consulta médica para abril de 2020.

iii) No existe prueba de que algún tercero hubiese tenido conocimiento del hecho y lo hubiese comunicado al empleador. Tampoco se presentaron incapacidades o permisos médicos con ocasión del embarazo.

Así las cosas, el presente caso se enmarca en el supuesto de la jurisprudencia sobre la inoperancia del reintegro de las mujeres gestantes cuando el empleador desconoce el estado de embarazo con antelación al despido, resultando improcedente el fuero pretendido por la accionante.

Por lo tanto, se concluye, que en este caso no concurren los elementos para que proceda la acción de tutela, ni siquiera de forma excepcional, pues ante un derecho incierto como el que reclama la accionante, no se avizora ninguna circunstancia que amenace de forma inminente y grave su derecho fundamental en modo tal que se requiera de la intervención del juez constitucional.

Con base en lo anterior, se declarará improcedente la acción de tutela, por no satisfacer el requisito de subsidiariedad.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

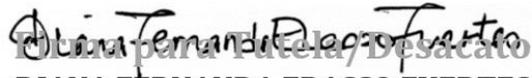
PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela de **DEISY JHOANNA CONTRERAS CUBILLOS** en contra de **DOSMOPAR S.A.S.**, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día siguiente de su notificación.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus, la impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

TERCERO: En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ