

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: 11001-41-05-008-2022-00901-00

ACCIONANTE: YADELSI MENDOZA CORTES

ACCIONADA: EXCLUSIVOS MAID SERVICES S.A.S.

SENTENCIA

En Bogotá D.C. a los cinco (05) días del mes de diciembre del año dos mil veintidós (2022) procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por la señora **YADELSI MENDOZA CORTES**, quien pretende el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, seguridad social, igualdad, debido proceso, mínimo vital y petición, presuntamente vulnerados por la sociedad **EXCLUSIVOS MAID SERVICES S.A.S.**

RESEÑA FÁCTICA

Indica la accionante que el 09 de octubre de 2020 ingresó a laborar con la empresa **EXCLUSIVOS MAID SERVICES S.A.S.**, a través de un contrato por obra o labor, desempeñando el cargo de empleada doméstica externa, con un salario mínimo.

Que la empresa la contrató para enviarla a diferentes casas de familia, entre ellas, la de **AMALIA ZAMBRANO CORREAL**.

Que el 25 de marzo de 2022 notificó su estado de embarazo a **DIEGO FERNANDO CORTÉS TORRES**, representante legal de la empresa, enviándole la prueba de embarazo a través de la aplicación WhatsApp.

Que la empresa le pagaba quincenalmente, a través de su cuenta bancaria, pero a partir del 15 de junio de 2022 dejó de pagarle.

Que le informó dicha situación a AMALIA ZAMBRANO CORREAL, quien le indicó que ella no podía responderle porque el servicio se había contratado directamente con la agencia, de modo que era ésta quien debía pagarle, y que era mejor que no regresara.

Que desde el 28 de junio de 2022 se quedó sin empleo, pues el empleador no le respondía sus peticiones, ni le pagaba sus salarios, a pesar de tener 5 meses de embarazo.

Que el 07 de julio de 2022 estuvo incapacitada por 15 días, pero su empleador no le pagó, a pesar de habérsela enviado al WhatsApp.

Que el 16 de septiembre de 2022 le envió un derecho de petición a su empleador, sin obtener respuesta.

Que el 22 de octubre de 2022 nació su hija.

Que su empleador, pese a conocer su estado de embarazo y ahora su licencia de maternidad, la dejó sin empleo y sin salario, sin autorización del Ministerio de Trabajo.

Que su salario era el único ingreso con que contaba para cubrir los gastos de arriendo, servicios, alimentación, vestido, transporte y créditos.

Que es madre soltera, y no posee bienes, ni rentas, ni otros ingresos que le permitan subsistir.

Que su empleador pagó la seguridad social hasta el mes de mayo de 2022, pero de ahí en adelante aparece en mora, lo que afectó el pago de la licencia de maternidad.

Por lo anterior, solicita el amparo de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordene a **EXCLUSIVOS MAID SERVICES S.A.S.** reintegrarla o reinstalarla al cargo que venía desempeñando o a uno de mejor categoría, una vez termine la licencia de maternidad; pagarle salarios y prestaciones sociales desde el 15 de junio de 2022 y hasta que se efectúe el reintegro, con la licencia de maternidad, las cotizaciones a la Seguridad Social y la indemnización de 180 días por haberla despedido sin autorización del Ministerio de Trabajo.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

EXCLUSIVOS MAID SERVICES S.A.S.

La notificación de la accionada se surtió de la siguiente manera:

El 22 de noviembre de 2022 el Juzgado intentó realizar la notificación personal del Auto por medio del cual se avocó el conocimiento de la acción de tutela, a la sociedad **EXCLUSIVOS MAID SERVICES S.A.S.**, a través del correo electrónico de notificación judicial registrado en su Certificado de Existencia y Representación Legal: comercial@maidservices.com.co; así como en el correo electrónico informado en el acápite de notificaciones de la acción de tutela: soporte@maidservices.com.co.

Sin embargo, el servidor de correo electrónico de *Office 365* informó que el mensaje de datos no pudo ser entregado, por cuanto *“Es posible que el servidor de correo electrónico no esté configurado correctamente para recibir y retransmitir mensajes desde su organización”*¹.

El 23 de noviembre de 2022 se intentó realizar la notificación personal, mediante correo certificado a la dirección: CR 15 NO. 135 25 OF 702 TA en la ciudad de Bogotá, registrada en el Certificado de Existencia y Representación Legal de **EXCLUSIVOS MAID SERVICES S.A.S.** como dirección de notificación judicial. No obstante, el 24 de noviembre de 2022 la empresa de mensajería *Inter rapidísimo*, informó que no pudo entregarse la comunicación por la causal: *“No reside / Cambio de Domicilio”*².

El 24 de noviembre de 2022 nuevamente se intentó realizar la notificación personal, mediante correo certificado dirigido a la dirección: CRA 7B BIS # 126 – 36 en la ciudad de Bogotá, registrada en el Certificado de Existencia y Representación Legal de **EXCLUSIVOS MAID SERVICES S.A.S.** como dirección comercial. No obstante, el 25 de noviembre de 2022 la empresa de mensajería *Inter rapidísimo*, informó que no pudo entregarse la comunicación por la causal: *“No reside / Cambio de Domicilio”*³.

Con base en lo anterior, mediante **Auto de Sustanciación 1953 del 28 de noviembre de 2022** se dispuso como última medida de notificación el **EMPLAZAMIENTO** de la sociedad accionada, aplicando por analogía el artículo 108 del C.G.P., y en consecuencia, se ordenó la publicación en el **DIARIO EL ESPECTADOR**, corriendo todos los gastos por cuenta de este Juzgado; de igual manera, se ordenó la publicación en el micrositio web: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-08-de-pequenas-causas-laborales-de-bogota/2020n1>⁴.

El emplazamiento fue publicado en el micrositio web⁵ y en el **DIARIO EL ESPECTADOR** el martes 29 de noviembre de 2022⁶. Pese a lo anterior, la accionada guardó silencio.

¹ Páginas 3 a 6 del archivo pdf 005. ConstanciaNotificaciónAuto

² Archivo pdf 010. ConstanciaEstadoEnvío1

³ Archivo pdf 011. ConstanciaEstadoEnvío2

⁴ Archivo pdf 012. AutoOrdenaEmplazar

⁵ Archivo pdf 016. ConstanciaPublicaciónMicrositio

⁶ Archivo pdf 017. ConstanciaPublicaciónEdictoPeriódico

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En concordancia con los hechos que fundamentan la acción de tutela, corresponde al Despacho responder el siguiente problema jurídico: ¿Es procedente la acción de tutela para amparar los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, seguridad social, igualdad, debido proceso y mínimo vital de la señora **YADELSI MENDOZA CORTES**, al haber sido desvinculada laboralmente por su empleador **EXCLUSIVOS MAID SERVICES S.A.S.** sin tener en cuenta su estado de embarazo, y como consecuencia, ordenar el reintegro con el pago de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social?

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 Constitucional⁷, en armonía con lo dispuesto por 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 Alta Corporación ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual; es decir, procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de

⁷ 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.

comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración⁸. Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales⁹.

Así las cosas, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, 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 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 integridad¹⁰.

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,

⁸ Sentencia T-753 de 2006.

⁹ Sentencia T-406 de 2005.

¹⁰ 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.

concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable.

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 Corte¹¹ 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”¹².

En consonancia con lo anterior, la procedencia de la acción de tutela depende de la observancia estricta del principio de subsidiariedad, “como quiera que este se encuentra ordenado a garantizar importantes principios de la función jurisdiccional, y asegura el fin contemplado por el artículo 86 de la Carta, que no es otro que el de brindar a la persona garantías frente a sus derechos constitucionales fundamentales. En este orden de ideas, en los casos en los que no sea evidente el cumplimiento de este principio, la tutela deberá ser declarada improcedente”¹³.

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 tratándose de trabajadores, éstos 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.

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA OBTENER EL REINTEGRO LABORAL, SALVO QUE SE TRATE DE RESGUARDAR EL DERECHO A LA ESTABILIDAD 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 trabajo¹⁴, en virtud de la existencia de mecanismos judiciales ordinarios ante la Jurisdicción Laboral o la

¹¹ Sentencia T-290 de 2005.

¹² Sentencia T-436 de 2007.

¹³ Sentencia T-649 de 2011.

¹⁴ Sentencias T-400 de 2015, T-663 de 2011 y T-864 de 2011.

Jurisdicción Contencioso Administrativa, según sea la naturaleza de la vinculación jurídica del demandante¹⁵.

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.

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”¹⁶ 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 procesos¹⁷.

Ahora bien, respecto a la idoneidad del mecanismo de defensa judicial al alcance del afectado, la Corte ha señalado que “*ha de tener una efectividad igual o superior a la de la*

¹⁵ Sentencia T-400 de 2015.

¹⁶ Sentencia T-419 de 2016.

¹⁷ Sentencia T-298 de 2014.

*acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata*¹⁸, lo que requiere del juzgador constitucional un análisis de las condiciones de vulnerabilidad del accionante¹⁹, 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)*”²⁰.

Al respecto, en la Sentencia T-102 de 2020 la Corte señaló que, aun cuando se ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo transitorio en tratándose de sujetos de especial protección constitucional, dicha situación debe tener como fundamento la necesidad de evitar la posible configuración de un perjuicio irremediable. En ese orden:

“...el juez de tutela debe verificar si las particulares circunstancias del tutelante constituyen “una dificultad objetiva y constitucionalmente relevante para soportar las cargas procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial”. En suma, le corresponde valorar si, en concreto, le es exigible o no el deber de acudir al proceso ordinario laboral para reclamar la protección de sus intereses.

Si bien la afectación de salud del accionante pudiera ser una condición necesaria para acceder a la estabilidad laboral que solicita –en uno de los argumentos de la tutela–, no es por sí misma suficiente para dar por superado el requisito de subsidiariedad. Para ello habría que determinar si el mecanismo judicial de que dispone para la protección de sus derechos fundamentales es ineficaz en concreto, dado el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable “atendiendo las circunstancias en que se encuentra”

En la Sentencia SU-040 de 2018, se recogieron las reglas que la jurisprudencia²¹ ha fijado 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 protección²², atendiendo las circunstancias particulares del caso.

(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 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

¹⁸ Sentencia T-318 de 2017.

¹⁹ Sentencia T-664 de 2017.

²⁰ Sentencia T-670 de 2017.

²¹ Sentencias T-427 de 1992; T-441 de 1993; T-576 de 1998 y T-826 de 1999, entre otras.

²² Sentencia T-576 de 1998.

*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*²³.”²⁴

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 propio²⁵.

PROTECCIÓN REFORZADA A LA MATERNIDAD Y LA LACTANCIA EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO

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 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.

²³ Sentencia T-826 de 1999.

²⁴ Sentencia T-077 de 2014.

²⁵ Sentencia T-647 de 2015.

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 fijo**, se determinará de la siguiente manera:

(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.
- 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.

(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”*²⁶.

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 **YADELSI MENDOZA CORTES** interpone acción de tutela en contra de la empresa **EXCLUSIVOS MAID SERVICES S.A.S.**, solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, seguridad social, igualdad, debido proceso y mínimo vital.

Afirma la accionante que sostuvo una relación laboral con la accionada, bajo un contrato de trabajo por obra o labor, el cual terminó por un *despido tácito*, desconociendo su estado de embarazo, por lo que solicita el reintegro, más el pago de las prestaciones sociales, la indemnización por despido sin autorización del Ministerio de Trabajo, los aportes a la seguridad social y la licencia de maternidad.

²⁶ Sentencia SU-075 de 2018.

Pese a que la accionada **EXCLUSIVOS MAID SERVICES S.A.S.** fue notificada de la acción de tutela a través de edicto emplazatorio, guardó silencio, por lo cual -en principio- sería procedente aplicar el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 y presumir ciertos los hechos del escrito de tutela. Sin embargo, previo a realizar el correspondiente análisis, es necesario determinar la legitimación en la causa de las partes intervinientes en el presente trámite; así como el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, esto es, inmediatez y subsidiariedad.

Frente a la legitimación en la causa activa y pasiva, está probado que entre las partes existió un vínculo laboral regido por un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, conforme el documento aportado con la acción de tutela²⁷.

En cuanto a la inmediatez, se tiene que, de acuerdo con lo indicado en el hecho 7, la finalización de la relación laboral data del 28 de junio de 2022, mientras que la acción de tutela se presentó el 22 de noviembre de 2022, es decir, 5 meses después, tiempo que se estima razonable.

Sin embargo, el Despacho considera que en este caso no se cumple el requisito de subsidiariedad para que la controversia surgida entre las partes se ventile por medio de la acción de tutela, por las razones que se pasan a exponer:

Como se esbozó en el marco normativo de esta providencia, para la procedencia del mecanismo constitucional es imprescindible acreditar que no se cuenta con otros medios de defensa judicial, o que, teniéndolos, éstos no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

En este caso, la discusión deviene de la terminación de la relación laboral que vinculaba a las partes, es decir, se trata de un conflicto económico jurídico de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, tal como se desprende de la lectura del artículo 2° del C.S.T., modificado por el artículo 2° de la Ley 712 de 2001: *“La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: 1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.”*

No obstante, la accionante no acudió al juez ordinario laboral para la resolución de su conflicto, sino que, una vez terminado el contrato de trabajo, consideró prioritario acudir a la acción de tutela, 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.

²⁷ Página 21 del archivo pdf 001. AcciónTutela

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 que busque el reconocimiento de los derechos laborales es idóneo para lograr proteger los derechos fundamentales que eventualmente podrían estar en juego. Lo anterior, 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, que permiten resolver los problemas en discusión y adoptar las medidas que eventualmente sean necesarias para la protección de los derechos afectados²⁸.

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 de que se comprobara que la accionante se encuentra sometida a la posible materialización de un *perjuicio irremediable*.

Sin embargo, en este caso no hay prueba de la afectación inminente, urgente, grave e impostergable de los derechos a la dignidad humana, al mínimo vital o la seguridad social de la accionante, pues no se encuentran acreditadas las circunstancias de debilidad manifiesta que ameriten la intervención del Juez de manera inmediata, así como tampoco se cumplen los requisitos previstos en la jurisprudencia para dispensar la protección especial derivada de la estabilidad laboral reforzada en razón de la maternidad, conforme se explicará a continuación:

(i) La accionante resalta su estado de embarazo como una condición que le atribuye una estabilidad laboral reforzada y que, por tanto, hace viable el amparo. No obstante, 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. 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

²⁸ Sentencia T-102 de 2020

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.

Y, 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.

Así entonces, si bien en las pruebas se observa que la accionante dio a luz a su hija JANNA SOFIA MEJÍA MENDOZA el 22 de octubre de 2022²⁹, lo cierto es que esa sola circunstancia no resulta suficiente para configurar la existencia de un perjuicio que permita dar por superado el requisito de subsidiariedad y que, por ende, haga imperativo el amparo, pues de ser así la jurisdicción constitucional sustituiría siempre a la jurisdicción ordinaria, en lo que respecta al reconocimiento del fuero de estabilidad³⁰.

(ii) En el escrito de tutela la accionante refiere una afectación en su mínimo vital, aduciendo que no posee bienes, ni rentas, ni otros ingresos que le permitan subsistir, y que su salario era el único ingreso con que contaba para cubrir los gastos de arriendo, servicios públicos, alimentación, vestido, transporte y créditos; así mismo, que es madre soltera, por lo que la ausencia de recursos amenazan su congrua subsistencia, la de su hija recién nacida y la de sus otros dos hijos, quienes también son menores de edad.

No obstante, no aportó prueba -siquiera sumaria- que acredite tales circunstancias, esto es, cuáles son específicamente las obligaciones que tiene a su cargo, y que evidencien que su capacidad económica se encuentra seriamente comprometida. Lo anterior, sumado al hecho de que entre la desvinculación laboral y la activación del presente mecanismo constitucional transcurrieron 5 meses, lo que descarta el carácter apremiante del amparo y la urgencia de la protección solicitada, pues una situación tal habría provocado un ejercicio previo de esta acción de tutela o de acciones ordinarias dirigidas a conjurar la eventual vulneración de los derechos fundamentales que hoy se invocan.

Sobre este particular, la Corte Constitucional ha sido enfática en que las partes deben cumplir con el deber de diligencia en lo que pretenden probar. Particularmente, se ha establecido que, cuando se alegue como perjuicio irremediable la afectación al mínimo vital, si bien en casos excepcionales es posible presumir su afectación, la regla general consiste en que quien alega dicha vulneración por falta de pago de una acreencia laboral o pensional, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, pues la informalidad de la

²⁹ Página 7 del archivo pdf 001. AcciónTutela

³⁰ Sentencias T-586 de 2019 y T-102 de 2020.

acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones³¹.

De conformidad con lo anterior, la ausencia de pruebas que acrediten la urgencia, inminencia, gravedad e impostergabilidad de adoptar medidas para la protección inmediata de las garantías fundamentales invocadas, hace que en este caso no esté acreditado el **perjuicio irremediable**, que tenga la entidad de afectar de manera grave e inminente la dignidad humana de la actora y la de su núcleo familiar, a efectos de resultar necesaria y urgente la intervención del juez constitucional.

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 riguroso.

Ahora bien, la accionante refiere que ostenta la calidad de madre soltera y tener a su cargo a tres hijos menores de edad.

Según lo ha dispuesto la jurisprudencia constitucional³², la condición de **madre/padre cabeza de familia** se acredita siempre y cuando: a) la persona tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas “incapacitadas” para trabajar; b) la responsabilidad exclusiva de la jefatura del hogar sea de carácter permanente; c) exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte de la pareja o de la madre de los menores de edad a cargo; y d) exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia.

Aplicando dichos parámetros al caso concreto, lo primero que debe indicarse es que, dentro de las pruebas obran tres registros civiles de nacimiento que evidencian que la señora **YADELSI MENDOZA CORTES** es madre de tres niñas, nacidas el 22 de octubre de 2013, el 19 de diciembre de 2016 y el 22 de octubre de 2022, por lo que en la actualidad tienen 9 años, 5 años y 1 mes de edad, respectivamente³³, por lo que claramente se encuentran *incapacitadas* para laborar en razón a su edad (a).

Sin embargo, no se encuentra probado que la responsabilidad exclusiva del hogar esté en cabeza de la accionante de manera permanente (b), ni que exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte del padre (c), teniendo en cuenta que, frente a este supuesto, la Corte Constitucional ha indicado que ello puede ocurrir cuando la

³¹ Sentencias T-702 de 2008 y T-381 de 2017

³² Sentencia T-048 de 2018.

³³ Páginas 7, 8 y 10 del archivo pdf 001. Acción Tutela

pareja abandona el hogar, omitiendo el cumplimiento de sus deberes como progenitor o cuando no asume la responsabilidad que le corresponde debido a un motivo externo a su voluntad, como una incapacidad física, sensorial, síquica o mental, o incluso, la muerte³⁴.

Lo anterior, por cuanto en la acción de tutela no se hace alusión al padre de las menores, en el sentido de indicar si actualmente cumple o no con los deberes a su cargo, y tampoco se prueba si presenta alguna situación externa a su voluntad que le impida cumplirlos.

Finalmente, tampoco se evidencia que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia de la accionante, pues dicho supuesto no está señalado en el escrito de tutela, ni probado de alguna manera dentro del plenario (d).

En consecuencia, las circunstancias descritas no permiten establecer que, en efecto, la accionante ostente la calidad de madre cabeza de familia para que pueda predicarse alguna situación de debilidad manifiesta al respecto.

(iii) Aunado a lo anterior, en el presente asunto hay lugar a aplicar la regla jurisprudencial decantada en la Sentencia **SU-075 de 2018**, relativa a que 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. Lo anterior, como quiera que en este caso:

a) No hay prueba de que, con anterioridad a la terminación del contrato de trabajo, se hubiera notificado de manera directa y por escrito al empleador respecto del estado de embarazo de la accionante. Si bien en el hecho 4 dice que el 25 de marzo de 2022, a través de la aplicación WhatsApp, le notificó al representante legal de **EXCLUSIVOS MAID SERVICES S.A.S.** su estado de embarazo, remitiéndole la correspondiente prueba; lo cierto es que, no obra el soporte de dicha comunicación, así como tampoco soporte médico del estado de embarazo que cuente con alguna firma o sello de recibido por parte del empleador.

Es de resaltar que, aun cuando en las páginas 17 a 20 de la acción de tutela se aportan unos pantallazos de unas conversaciones sostenidas a través de WhatsApp presuntamente con una persona de nombre *“Diego Cortez”*, las mismas datan de los meses de junio y julio de 2022 y en ellas solo se está cuestionando al interlocutor sobre la falta de pago de las quincenas y el *dejarla* sin trabajo estando en embarazo, pero no se observa cuál es el número celular de ese contacto, y si éste pertenece o no a la sociedad **EXCLUSIVOS MAID SERVICES S.A.S.**

³⁴ Sentencias T-206 de 2006, T-827 de 2009, T-835 de 2012, T-316 de 2013, T-084 de 2018, entre otras.

En todo caso, se itera, ninguna de estas comunicaciones corresponde a la aludida en el hecho 4, de manera que no obra prueba de que el empleador **conociera** del estado de embarazo para la fecha en que la accionante dice que ocurrió el despido (28 de junio de 2022).

b) No se indica, ni prueba que se hubiera configurado un hecho notorio respecto del estado de embarazo de la accionante; y

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

Sobre este último punto, valga señalar que, la accionante señala en el hecho 9 que el 07 de julio de 2022 se le otorgó una incapacidad por 15 días, pero que el empleador no la pagó, pese a enviársela a través de WhatsApp. Al respecto, obra en el expediente copia de la incapacidad comprendida entre el 07 de julio y el 21 de julio de 2022³⁵, no obstante, este documento no cuenta con ninguna señal de recibido por **EXCLUSIVOS MAID SERVICES S.A.S.**, y tampoco se aportó la comunicación a través de la cual presuntamente se le puso en conocimiento al empleador.

Misma situación ocurre con la licencia de maternidad reclamada por la accionante, pues a pesar de haberse aportado copia de la licencia otorgada entre el 22 de octubre de 2022 y el 24 de febrero de 2023³⁶, tampoco se aportó prueba de su radicación ante el empleador, de modo que es imposible establecer que la empresa tenía conocimiento de esta circunstancia.

Conforme a lo anterior, el presente caso se enmarca en el supuesto de la jurisprudencia sobre la inoperancia del reintegro de las mujeres gestantes o lactantes cuando el empleador desconoce el estado de embarazo con antelación al despido, resultando, por tanto, improcedente el fuero pretendido por la accionante.

(iv) En ese orden, y como quiera que la accionada no conocía el estado de embarazo para la fecha en que la accionante dice que finalizó el vínculo laboral, no era necesaria la autorización del Ministerio de Trabajo para proceder con la desvinculación. En todo caso, nótese que, conforme a las circunstancias fácticas planteadas en el libelo tutelar, la terminación de la relación laboral ocurrió no por un despido directo del empleador, sino, al parecer, por uno *indirecto* de la trabajadora, motivado por la falta de pago del salario, situación por la cual no volvió a prestar los servicios para los que fue contratada.

³⁵ Página 12 del archivo pdf 001. Acción Tutela

³⁶ Página 13 ibidem

Bajo el anterior panorama, es claro que los derechos aquí reclamados caen en el terreno de la incertidumbre, al ser inciertos y discutibles, por lo que requieren de un amplio debate probatorio, improcedente por esta vía, pues resulta imperioso que se adelante ante el juez ordinario laboral, quien cuenta con las facultades y atribuciones legales para determinar y calificar las causas y circunstancias en que se terminó la relación laboral y desprender de tal decisión la viabilidad del reintegro y el pago de los derechos económicos solicitados.

Por lo tanto, no existen argumentos razonables para sostener que en este caso concreto no pueda acudir al proceso ordinario laboral y esperar los resultados del mismo, por cuanto al analizar las condiciones particulares de la señora **YADELSI MENDOZA CORTES** no se encuentra acreditado que se halle en una situación de riesgo que afecte su capacidad de resiliencia.

En suma, en este caso no concurren los elementos necesarios para que proceda la acción de tutela, ni siquiera de forma transitoria, pues no se acreditó una situación de inminente riesgo que demande su protección por esta vía residual, máxime cuando, en tratándose de derechos inciertos producto de la controversia surgida entre las partes respecto de si la terminación del contrato de trabajo obedeció a un despido unilateral por parte del empleador, o si lo fue por un despido indirecto, es el juez ordinario laboral el llamado a calificar la desvinculación y ordenar el reconocimiento de los derechos a que haya lugar.

En este punto téngase en cuenta que, no solo no quedó desvirtuada la idoneidad y eficacia del proceso ordinario laboral para ventilar el conflicto, sino que, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia T-525 de 2020: *“el derecho a la estabilidad laboral reforzada no es un asunto que únicamente pueda ser discutido y amparado ante los jueces constitucionales sino que, por el contrario, hace parte de los asuntos propios de decisión de los jueces laborales ordinarios, en su calidad también de jueces garantes de derechos fundamentales”*.

En ese orden, en el presente asunto:

- (i) Existe una vía idónea (acción ordinaria laboral) para ventilar la controversia suscitada entre las partes, que aún no ha sido agotada, y cuya eficacia no quedó desvirtuada; y
- (ii) No se percibe la ocurrencia de un perjuicio irremediable, o una situación que revista tal gravedad, o que ponga a la peticionaria del amparo en situación de indefensión, de manera que amerite la intervención del juez constitucional, por lo que deberá acudir ante el juez natural para reclamar los derechos aquí pretendidos.

En consecuencia, concluye el Despacho, que la presente acción de tutela es **improcedente** por no satisfacer el requisito de subsidiariedad.

Finalmente, a pesar de que la accionante invocó el amparo del derecho fundamental de petición, ninguna de las pretensiones va dirigida a que se emita una orden de protección respecto de esa garantía. Al margen de ello, debe decirse que, en el hecho 10 la accionante manifiesta *“el 16 de septiembre de 2022 le envié un derecho de petición a mi empleador, pero tampoco me dio respuesta”*, pero dicha petición no fue aportada; únicamente reposa una *Constancia de Entrega* emitida por Servientrega el 20 de septiembre de 2022³⁷ en la que se dice que el 16 de septiembre de 2022 fue entregado un *“Comunicado”* a *DIEGO CORTES* en la dirección CR 15 #135-25, siendo este documento insuficiente para determinar el contenido de lo que se remitió, y si ello correspondía o no al derecho de petición señalado.

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 **YADELSI MENDOZA CORTES** en contra de **EXCLUSIVOS MAID SERVICES S.A.S.**, por las razones expuestas en esta 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 Covid-19, 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

³⁷ Página 24 ibidem