

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Rama Judicial del Poder Público

**JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá D. C., primero (1) de septiembre de dos mil veinte (2020)

**Referencia: Tutela 2ª Instancia**

**EXPEDIENTE: No. 2020-00058**  
**ACCIONANTE: ANA ISABEL SANABRIA ESPINOSA**  
**ACCIONADA: COMERCIALIZADORA POLO SUR S.A.S.**

**I.- ASUNTO:**

Procede el despacho a proferir el FALLO que en derecho corresponda para finiquitar el trámite de la **IMPUGNACIÓN DE TUTELA** de la referencia.

**II.- ACCIONANTE:**

Se trata de **ANA ISABEL SANABRIA ESPINOSA**, quien actúa en nombre propio.

**III.- ACCIONADA:**

Se dirige contra **COMERCIALIZADORA POLO SUR S.A.S.**, con domicilio en esta ciudad.

**IV.- DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS:**

La petente cita como tales, los derechos al **TRABAJO, ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, VIDA, MINIMO VITAL Y SEGURIDAD SOCIAL.**

**V.- OMISION ENDILGADA A LA ACCIONADA:**

Aduce la accionante que ingresó a laborar el 02 de enero de 2020 mediante contrato de trabajo a término fijo de tres (3) meses, en el cargo de Asesor Comercial.

Indica que desde el inicio de la relación labora la accionada no la afilió al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Refiere que el 27 de febrero de 2020 notificó a su jefe inmediato su estado de embarazo haciendo entrega de la prueba respectiva, la que le fue practicada en laboratorio clínico distinto a la EPS por cuanto no se encontraba afiliada, debiendo acudir al servicio particular.

Afirma que el 9 de marzo de 2020 se practicó una nueva prueba para corroborar su estado de gravidez.

Sostiene que el 28 de febrero de 2020 la accionada la citó a sus instalaciones y dio por terminado su contrato de trabajo argumentando la no prorroga por vencimiento del término inicialmente pactado, momento en el cual en conversación con la abogada le indicó que había presentado prueba de su embarazo, pero ella le indicó que no era aceptada por no ser un documento proveniente de la EPS.

Manifiesta que se negó a firmar la notificación de la terminación de la relación laboral por su estado de embarazo, por lo que el Jefe de Ventas decide firmar en calidad de testigo escribiendo "firmo esta carta como testigo que la empleada en el momento de ser notificada me informa verbalmente que tiene una condición médica personal que le impide aceptar firmar", apreciación que es falsa porque la única razón por la que se negó a firmar es por su estado de gestación.

Señala que el 6 de marzo de 2020 sostuvo comunicación vía WhatsApp con la señora Angela Polo encargada del área de personal indicándole que no era posible su atención en la EPS al no encontrarse afiliada, sin que se le diera explicación, por lo que el 12 de marzo nuevamente le escribió enviándole imagen de constancia de la EPS CAPITAL SALUD en donde se evidencia que no estaba afiliada y que estaba pendiente "validar con planillas de pago afiliación, ya que no se ha registrado en sistema el cambio de régimen".

Relata que el 8 de mayo se le practicó una ecografía que evidenció "EMBARAZO DE 18.1 SEMANAS, EMBARAZO GEMELAR BICORIAL BIAMNIOTICO", de lo que infiere que durante el periodo de la relación laboral (2 enero a 2 de abril de 2020) ya se encontraba en estado de embarazo, el cual fue reportado de manera oportuna a su jefe inmediato.

Destaca que está siendo atendida a través del régimen subsidiado en la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., que no cuenta con un ingreso adicional y ante su despido la EPS no le reconocerá la licencia de maternidad porque el pago de aportes no se hará como cotizante sino como subsidiada.

Menciona que por su estado y por la situación de emergencia sanitaria por la pandemia no podrá vincularse laboralmente a otra empresa, que es madre cabeza de hogar con dos hijos menores que dependen económicamente de ella y que viven en arriendo.

Pretende con esta acción en amparo a los derechos invocados se ordene a la accionada su reintegro, al pago de salarios dejados de pagar desde el

despido hasta el reintegro, al reconocimiento y pago de sus derechos laborales y aportes al sistema general de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), que en caso de que su EPS no pague la licencia de maternidad lo haga la accionada y que respete las restricciones médicas que sean impartidas por el médico tratante.

#### **VI.- TRAMITE PROCESAL:**

Admitida la solicitud por el a-quo (Juzgado 35 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad), se ordenó a la entidad accionada rendir informe sobre lo relacionado con los hechos que se relatan.

#### **VII.- FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juez de instancia mediante la decisión impugnada, dispuso CONCEDER el amparo deprecado por la accionante y, en consecuencia, ORDENÓ a la accionada que en el término de 72 horas siguientes a la notificación de la providencia “proceda a efectuar las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que se hubieran causado desde el momento en que se desvinculó a la accionante, y en adelante, durante todo el periodo de gestación. Igualmente, en idéntico período, y por el mismo interregno, cuando menos, renueve el contrato laboral otrora suscrito con la demandante en tutela”.

#### **VIII. IMPUGNACIÓN:**

Impugna la sentencia de primera instancia la accionada aduciendo que, si bien notificó oportunamente el preaviso a la trabajadora porque no estaba cumpliendo con sus labores, también lo es que una vez cumplida la fecha del contrato fue la misma trabajadora quien después de cumplir una incapacidad tomó la decisión de no volver a laborar y al no tener respuesta la empresa decidió liquidarla y hacer efectiva la desvinculación.

Así mismo señaló que en cuanto al argumento del juez según el cual la empresa no indicó que el puesto de trabajo estuviere disponible o se hubiere cubierto, en el cargo para el que se contrató a la accionante no se vinculó a ninguna otra persona, porque se ha visto en la obligación de efectuar recortes de personal por la pandemia, pues de 68 trabajadores que tenía en el mes de enero de 2020 actualmente tiene 38, no contando la empresa con recursos ni el cargo para reubicar a la accionante.

#### **IX.- CONSIDERACIONES:**

**1.- LA ACCION DE TUTELA** constituye un logro alcanzado por la colectividad con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991, para frenar los desafueros de las autoridades cuando quiera que con hechos u omisiones comprometan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La finalidad de esa acción es lograr que, a falta de vía judicial ordinaria, mediante un trámite preferente y sumario, el juez ante quien se acuda dé una orden de actuar o abstenerse de hacerlo, tendiente a hacer cesar la vulneración o amenaza de violación denunciada.

El art. 86 de nuestra Carta Magna así lo consagra; sin embargo, ese mismo precepto, en sus incisos tercero y quinto, señala los casos en que deviene improcedente la acción de tutela; al respecto expresa:

**"Art.86. (...).**

**Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.**

**(...).**

**La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión."**

Conforme a ese normativo, la acción de tutela deviene improcedente, entre otros casos, cuando el afectado cuenta con acción judicial ordinaria para la protección del derecho presuntamente vulnerado o amenazado.

## **2.- PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER:**

Corresponde al despacho teniendo en cuenta los hechos y antecedentes de esta acción constitucional, así como la decisión adoptada por el juez de primera instancia, pronunciarse y dilucidar si se configura la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante por parte de su ex empleador por la terminación del contrato de trabajo pese a que fue informado oportunamente de su estado de embarazo.

## **3.- CASO CONCRETO:**

Se advierte que se **confirmará** el fallo objeto de impugnación, por lo siguiente:

La accionante controvierte su desvinculación laboral pese a que informó su estado de embarazo a su empleador antes de la terminación del contrato, por lo que reclama estabilidad laboral reforzada, por ende, pretende su reintegro, así como el pago de salarios y demás prestaciones.

En principio, no es de la órbita del juez constitucional determinar si dicha desvinculación es legal o si se tipifica un despido injusto, y de ser el caso si hay lugar al pretendido reintegro, pues, para dirimir esa situación el competente

es el Juez Laboral mediante el procedimiento ordinario y es en virtud de la decisión que adopte ese funcionario que puede establecerse si proceden los mencionados reconocidos en favor del trabajador.

Es así como la CORTE CONSTITUCIONAL ha indicado reiteradamente que: **“...la tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, por esquivar el que de modo específico ha regulado la ley no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque, siempre prevalece –con la excepción dicha- la acción ordinaria”.** (C-543/92).

**No obstante, lo anterior, se observa que la accionante se encuentra en una de las circunstancias de la denominada estabilidad laboral reforzada** decantadas por la jurisprudencia constitucional para excepcionalmente abrir vía a la acción de tutela, pues se trata de una mujer en estado de embarazo.

Así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia T-492 de 2011:

**“La jurisprudencia de esta corporación ha establecido que la acción de tutela no es, en principio, el mecanismo idóneo para solicitar un reintegro laboral, cualquiera hubiere sido la causa que generó la terminación de la vinculación respectiva, existiendo vías comunes ante la jurisdicción ordinaria laboral o la contencioso administrativa, según el caso, excepto si se trata de amparar sujetos en condición de debilidad manifiesta (e. gr. menores de edad, mujeres en estado de embarazo o durante la lactancia y, como se verá en los próximos acápite, el trabajador discapacitado), a quienes constitucionalmente se les otorga una estabilidad laboral reforzada[5].”**

También dicha Corporación en la sentencia SU 075 de 2018 ha indicado que la protección especial a mujeres gestantes y lactantes en materia laboral se fundamenta en los siguientes mandatos constitucionales:

**“(i) el derecho de las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad; (ii) la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo; (iii) la protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la vida; y (iv) la relevancia de la familia en el orden constitucional.”**

De lo anterior se extrae que la mujer en estado de gestación es sujeto de protección especial por vía de tutela, por ende, goza de la denominada estabilidad laboral reforzada, sin embargo, dicha sentencia ha puntualizado que ese fuero de maternidad **“no constituye una *patente de corso*” para mantenerse en el empleo, en la medida en que, cuando exista una justa causa de terminación del contrato, la trabajadora puede ser desvinculada siempre y cuando medie autorización del inspector del Trabajo o del alcalde municipal. Así las cosas, no se trata de una prohibición absoluta de terminación del contrato sino que, debido a las particulares**

**condiciones de la mujer gestante o lactante, se impone una formalidad adicional, consistente en el requisito de acudir al Ministerio del Trabajo.”**

En este asunto se encuentra demostrada la existencia del vínculo laboral a término fijo entre la accionante y la accionada entre el 2 de enero y 02 de abril de 2020, según da cuenta copia del contrato de trabajo aportado al expediente, situación sobre la que no hay discusión; también está probado el estado de gestación de la accionante, el cual fue de conocimiento del empleador antes del vencimiento del término contractual, punto que tampoco discutió el empleador; sobre lo que sí muestra inconformidad es que la terminación de ese vínculo contractual obedeció al bajo desempeño en las funciones de la trabajadora y no a su estado, no obstante, luego de conocido el estado de embarazo y antes de materializar dicha terminación no acudió al Inspector del Trabajo en procura de obtener autorización para su despido, tal como señala el aparte jurisprudencial acabado de citar, requisito sin el cual ese despido se torna improcedente.

Dicha jurisprudencia es enfática en indicar que **“En todo caso, resulta pertinente aclarar que cuando el empleador conoce del estado de embarazo de la mujer gestante, tiene prohibido desvincular a dicha trabajadora sin la respectiva autorización del Inspector del Trabajo, aún cuando medie una justa causa.”**

Ahora, la garantía de la estabilidad laboral reforzada para las mujeres en estado de embarazo es una acción afirmativa en favor de aquellas que responde a la dificultad que afrontan, pues dadas las naturales implicaciones que esto conlleva representa un desincentivo para el empleador, convirtiéndose en una desventaja en el mercado laboral, de ahí la razón de ser de esta garantía constitucional que tiene como uno de sus propósitos equilibrar las condiciones laborales entre mujeres y hombres; las acciones afirmativas en el contexto laboral deben estar orientadas a satisfacer las necesidades de los más vulnerables como las personas con discapacidad o de las mujeres embarazadas, todo con el fin de materializar la igualdad real, en consonancia con lo dispuesto en los incisos finales del artículo 13 de la Constitución Política, en los que se señala el deber de adoptar las medidas necesarias en favor de los grupos discriminados o marginados para que la igualdad sea real y efectiva. Todo lo anterior justifica un trato diferenciado entre trabajadores atendiendo sus condiciones de vulnerabilidad, de tal manera que ante eventuales terminaciones de los contratos laborales se deba preferir los empleos de aquellas personas que hacen partes de grupos históricamente discriminados o socialmente menoscabos, pues, se supone que quienes no hacen parte de estos están en mejores condiciones para volver a engancharse en otro empleo.

Bajo esta perspectiva, se examinará si la alegación que hace la sociedad accionada en su escrito de impugnación, según el cual el cargo para el cual fue contratada la accionante no se encuentra disponible debido a que de los 68 puestos de trabajo con los cuales contaba en el mes de enero de 2020, paso a tener actualmente 38 trabajadores, según da cuenta la Planilla Integrada de Autoliquidación de Aportes, ya que se ha visto obligada a reducir el personal al estrictamente necesario, a tal punto que de tener que

recontratarla tendrá que prescindir de los servicios de uno de sus colaboradores, para ello se vale del precedente obligatorio fijado por la Corte Constitucional en la sentencia SU -070 de 2013, en el que se estableció como parámetro de protección para la reincorporación en los contratos a término fijo solo cuando persisten las causas que motivaron la celebración del contrato, pues, sí las causas desaparecieron no resulta obligado el empleador a ello.

Pues bien, es necesario precisar que la accionada continua con su objeto social y que a pesar de las actuales condiciones de la pandemia no desvinculó a todos sus trabajadores, pues en su nómina permanecen aún un número importante, los que representan el 55% de su planta de personal, lo cual denota que la accionada no aplicó una acción afirmativa en favor de la accionante de tal manera que ante la necesidad de prescindir de algunos de ellos optó por afectar una persona que hace parte de uno de los grupos más vulnerables, como son las mujeres en estado de embarazo, además, la demandada no probó que el cargo de Asesor Comercial, para el que fue contratada la accionante ya no hacía parte de empleos de la compañía, razón por la cual no le resulta plausible su argumento encaminado a justificar la improcedencia de la orden de tutela

En ese sentido el despacho no desconoce la difícil situación que atraviesa en general la economía del país por la emergencia sanitaria, con mayor razón las empresas tienen que ser cuidadosas en garantizar los derechos fundamentales de las personas que, como la accionante, son sujetos de estabilidad laboral reforzada y si bien es lamentable que haya terminado contratos de trabajo a 30 personas de 68 que conformaban su fuerza laboral, esto también indica que subsiste su operación comercial.

Tampoco es de recibo uno de los argumentos del empleador al impugnar, según el cual, *“si bien notificó oportunamente el preaviso a la trabajadora porque no estaba cumpliendo con sus labores, también lo es que una vez cumplida la fecha del contrato fue la misma trabajadora quien después de cumplir una incapacidad tomó la decisión de no volver a laborar y al no tener respuesta la empresa decidió liquidarla y hacer efectiva la desvinculación”*, por cuanto no aportó prueba de haber informado a la trabajadora antes del vencimiento del término contractual que su decisión había cambiado, por lo que es ilógico esperar que la trabajadora se presente a laborar luego de vencido el período contractual cuando previo a ello fue informada que el mismo terminaría a su vencimiento.

Así las cosas, se CONFIRMARÁ el fallo impugnado.

**X.- DECISION:**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de tutela calendada 09 de julio de 2020, proferida por el **Juzgado 35 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

**SEGUNDO: DISPONER** se notifique esa decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz.

**TERCERO: ORDENAR** la remisión oportuna del expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo. **OFÍCIESE.**

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

**WILSON PALOMO ENCISO  
JUEZ**

NA

Firmado Por:

**WILSON PALOMO ENCISO  
JUEZ CIRCUITO  
JUZGADO 012 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

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

Código de verificación: **7185012f349dbd2183c828a2a105a64f3a5d2c54e3d470ec9f2c0316301eeb6d**  
Documento generado en 01/09/2020 11:08:08 a.m.