



ACCION DE TUTELA

ACCIONANTE: MIRENA MARGOTH TAPIA BENAVIDES.

ACCIONADO: WORK SERVICE S.A.S.

RADICACIÓN: 11-2021-00077

BARRANQUILLA, DIECINUEVE (19) DE ABRIL DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)

ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a resolver la impugnación del fallo de tutela de fecha 12 de febrero de 2021, adicionada por auto de 24 de febrero de 2021, proferidos por el Juzgado Once de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Barranquilla dentro de la acción de tutela presentada por la señora MIRENA MARGOTH TAPIA BENAVIDEZ, a través de apoderada judicial en contra de la sociedad WORK SERVICE S.A.S. por la presunta vulneración de los derechos fundamentales atinentes a la protección laboral reforzada de mujer embarazada, mínimo vital, vida, trabajo, seguridad social y protección a la niña recién nacida, amparados por nuestra Constitución Política.

ANTECEDENTES

Señala la accionante que estuvo vinculada a la Sociedad WORK SERVICE SW.A.S., mediante contrato de trabajo de obra o labor, iniciando el 01 de enero de 2019.

Que fue asignada en calidad de trabajadora en misión a la empresa usuaria CLINICA CENTRO S.A., que el cargo a desempeñar fue de enfermera. Manifestó que devengaba un salario básico de \$1.014.000. Que la empresa WORK SERVICE S.A.S. dio por terminado el contrato de trabajo el 30 de mayo de 2020.

Que al momento del despido se encontraba con 6 meses de embarazo y estaba presentando sintomatología del COVID-19. Indica que el 08 de junio de 2020 le fue realizada la prueba de COVID-19, siendo el resultado POSITIVO. Manifestó que en el control realizado por la Clínica Reina Catalina el 16 de junio de 2020, por medio de ecografía obstétrica transabdominal se evidenció que para dicha calenda la actora reunía 24 semanas y 5 días.

Que el 22 de septiembre de 2020, dio a luz a la niña MARIANA SOFIA VIVESCAS TAPIA. Que el nacimiento de la menor se produjo 3 meses y 22 días después del despido de la actora. Indicó que la Clínica La Merced le otorgó a la accionante un certificado de incapacidad o licencia de maternidad desde el 22 de septiembre de 2020 hasta el 25 de enero de 2021, que corresponde a 126 días de incapacidad.

Por último, solicitó que se le ampararan los derechos fundamentales reclamados y que se le ordene al empleador reintegrar al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y remuneración, al reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales que se han causado desde la fecha del despido.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

En el proveído impugnado el juez de primera instancia resolvió conceder la acción impetrada por la actora MIRENA MARGOTH TAPIA BENAVIDES, ordenando a la Sociedad WORK SERVICE S.A.S. que en el improrrogable término de 48 horas, contados a partir de la notificación del fallo, reintegrara a la accionante al cargo que venía desempeñando o uno semejante al de su jerarquía, el pago de los salarios y prestaciones dejados de cancelar, así como el pago de la indemnización de que trata el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y la continuidad en la prestación de los servicios del Sistema General de Seguridad Social desde el momento del despido, es decir, desde el 30 de mayo de 2020.

El A-quo fundamentó dichas ordenaciones en razón a que la solicitud de tutela cumplió con los presupuestos establecidos por la H. Corte Constitucional para la configuración del fuero de maternidad, en cuanto a que la desvinculación laboral de la actora se ocasionó durante el embarazo independientemente de la modalidad de contrato, que para su desvinculación no se solicitó el permiso al Inspector del Trabajo, y que le fue vulnerado su mínimo vital.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

La Sociedad **WORK SERVICE S.A.S.**, a través de apoderado judicial presentó impugnación contra el fallo de fecha 12 de febrero de 2021, proferido por el Juzgado Once de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Barranquilla manifestando que el Despacho además de hacer un análisis superfluo, negligente y desinteresado a cerca de los hechos y las situaciones planteadas tanto por el actor como por los accionados, demostrando de paso el poco valor que le otorgo al material probatorio aportado, llegando a la conclusión de conceder el amparo solicitado por la accionante asumiendo la existencia de un hecho notorio, sin conocer la contextura de la accionante y sin tener en cuenta que al momento de la terminación del contrato de trabajo ni la misma accionante tenía conocimiento si se encontraba en estado de embarazo, lo cual resulta evidente al tenor del material probatorio aportado por la actora, la cual se realizó el examen pertinente con posterioridad a la fecha de la terminación de su contrato de trabajo.

Por otra parte y atendiendo el objeto de la presente acción es pertinente aclarar que, debido a la existencia de una considerable dispersión de posturas jurisprudenciales en relación con el alcance de la protección del embarazo y la maternidad derivada de la estabilidad laboral reforzada, la corte constitucional profirió la Sentencia SU-070 de 2013, a través de la cual unificó los criterios que sostuvieron las distintas Salas de Revisión de la Corte y sistematizó las pautas normativas aplicables al asunto. En este sentido, la Sala Plena estableció dos reglas principales en relación con esta materia: (i) La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo procede cuando se demuestre, sin ninguna otra exigencia adicional, lo siguiente: (a) La existencia de una relación laboral o de prestación y; (b) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación. (ii) No obstante, el alcance de la protección se debe determinar a partir de dos factores: (a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador; y (b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.

En esa misma sentencia la Corte dispuso, que cuando el empleador no conoce del estado de gestación de la trabajadora, en desarrollo de un contrato de trabajo por duración de la obra y la labor contratada, podrían presentarse tres escenarios:

1. Si la desvincula antes del cumplimiento de la obra, sin alegar justa causa: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato de obra no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela.
2. Si la desvincula antes del cumplimiento de la obra, PERO alega justa causa distinta a la modalidad del contrato: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa causa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.
3. Si la desvincula una vez cumplida la obra, alegando esto como una justa causa: En este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato de obra no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela.

Asimismo, manifiesta que transcurrieron más de 8 meses desde que se notificó a terminación del contrato de trabajo y siete meses desde la fecha que la accionante se enteró de su estado de embarazo y la fecha en que se presentó la acción de tutela.

Igualmente se debe tener en cuenta señor juez que la fecha del parto de la hoy accionante ocurrió el día 22 de septiembre de 2020 y que a las luces del artículo 239 y 240 del C.S.T. su protección se extendía hasta el día 23 de diciembre de 2020 y está de manera negligente presento la acción de tutela hasta el mes de febrero de 2021.

COMPETENCIA:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1.991, este Despacho Judicial, resulta competente para conocer del amparo invocado, por ocurrir en esta ciudad los hechos que la motivan, lugar donde este Juzgado ejerce su Jurisdicción Constitucional. -

LA ACCIÓN DE TUTELA Y SU PROCEDENCIA

El artículo 86 de Nuestra Carta Política consagra: “Que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quién actúe a su nombre, la protección inmediata de los derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública...”

PROBLEMA JURÍDICO. -

Se trata en esta oportunidad de establecer si debe revocarse o no la sentencia de primera instancia proferida en fecha 12 de febrero de 2021 por el Juzgado Once de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Barranquilla, dentro de la acción de tutela de la referencia, para lo cual deberá analizarse si en este caso hubo vulneración alguna al emitirse el anterior fallo.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El Juez de primera instancia al resolver esta acción, concede la protección de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada, mínimo vital, vida, trabajo, seguridad social y protección especial al menor invocados. -

La H. Corte Constitucional¹ ha manifestado en su jurisprudencia que la tutela resulta improcedente para resolver controversias surgidas en virtud de la relación trabajador-empleador, tales como el reintegro. Sin embargo, existe una excepción a esta regla general, que se presenta cuando están de por medio los derechos de personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad o aquellos que el Estado les brinda una estabilidad laboral reforzada, como es el caso de las mujeres en estado de embarazo, con la finalidad de proteger el mínimo vital de la madre gestante y el de la criatura que está por nacer.

El artículo 53 de la Constitución Política consagra dos obligaciones, la protección estatal especial de la mujer en estado de gravidez y el deber prestacional a cargo del Estado, cuestión que conlleva a la estabilidad laboral reforzada cuya finalidad es impedir que a la mujer gestante no se le dé por terminada su relación de trabajo ya sea por despido, no renovación del contrato por justa causa o con ocasión del embarazo o lactancia.

¹ Corte Constitucional Sentencia T – 406 de 31 de mayo de 2012. Magistrado Ponente GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Mediante Sentencia SU-070 de 2013, la H. Corte Constitucional unificó su criterio jurisprudencial con el fin de determinar el alcance de la protección al fuero de maternidad, para lo cual se deben analizar los siguientes presupuestos:

- 1.- El conocimiento del embarazo por parte del empleador
- 2.- La alternativa laboral bajo al cual se encontraba laborando la trabajadora.

En relación con el conocimiento del embarazo por parte del empleador, la Corte Constitucional en esa sentencia SU 070 de 2013 ha dicho:

“Ahora bien, el conocimiento del empleador del embarazo de la trabajadora, no exige mayores formalidades. Este puede darse por medio de la notificación directa, método que resulta más fácil de probar, pero también, porque se configure un hecho notorio o por la noticia de un tercero, por ejemplo. En este orden de ideas, la notificación directa “es sólo una de las formas por las cuales el empleador puede llegar al conocimiento de la situación del embarazo de sus trabajadoras, pero no la única”.

Siguiendo lo anterior, la Corte ha entendido que algunas de las circunstancias en las cuales se entiende que el empleador tenía conocimiento del estado de embarazo de una trabajadora, aun cuando no se le hubiese notificado directamente, son:

- *Cuando se trata de un hecho notorio: La configuración del embarazo, como un hecho notorio, ha sido entendida por la Corte Constitucional, por ejemplo, en los siguientes casos:*
 - o *Cuando el embarazo se encuentra en un estado que permite que sea inferido: La jurisprudencia constitucional ha entendido que cuando una mujer se encuentra en su quinto mes de embarazo, sus cambios físicos le permiten al empleador inferir su estado. Así, por ejemplo, en sentencia T-354 de 2007, la Corte estableció que pese a la duda sobre la notificación del estado de embarazo por parte de la trabajadora, se consideraba que los superiores jerárquicos debían saber del embarazo de la accionante “como quiera que ésta, para la fecha de terminación del contrato de trabajo, contaba aproximadamente con 28 semanas de gestación, circunstancia que difícilmente puede pasar inadvertida por los compañeros de trabajo y por sus superiores jerárquicos”. **En este sentido, la Corte ha entendido que 5 meses de embarazo “es un momento óptimo para que se consolide el hecho notorio de [la] condición de gravidez”.** Se trata entonces de una presunción, en el sentido de que, por lo menos al 5º mes de la gestación, el empleador está en condiciones de conocer el embarazo. Presunción que se configura en favor de las trabajadoras. (Resaltes del juzgado)*
 - o

Acerca de este mismo punto en sentencia SU 075 de 2018, el alto tribunal reafirmó.

28.Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte ha destacado que el conocimiento del empleador del embarazo de la trabajadora, no reviste de mayores formalidades, ya que puede darse por medio de la notificación directa y escrita, por la configuración de un hecho notorio o por la noticia verbal de un tercero.

*Así, este Tribunal ha determinado que existen circunstancias en las cuales se entiende que el empleador conocía del estado de gravidez de una trabajadora. Por ejemplo, ha estimado que el embarazo configura un **hecho notorio** cuando: (i) son evidentes los cambios físicos de la mujer que le permiten al empleador inferir su estado **(a partir del quinto mes de gestación)**; (ii) se solicitan permisos o incapacidades laborales con ocasión del embarazo; (iii) el embarazo es de conocimiento público entre los compañeros de trabajo; entre otros. (Subrayado en negrilla del juzgado)*

Tenemos que en este evento hay prueba del estado gestante de la tutelante a junio 16 de 2020, contando a esa fecha con 24 semanas y 5 días de gestación, es decir, 172 días.- Teniendo en cuenta que el contrato finaliza en mayo 30 de 2020, es claro que a esa fecha el período de gestación era de 155 días, que es lo mismo que decir 22,14 semanas, o 5,1666 meses.

La prueba científica es indicativa de que, a la fecha del despido se configuro el hecho notorio del embarazo, correspondiendo al empleador probar en contra.-

La apoderada de WORK SERVICE S.A.S., alega en contra afirmando que la contextura de la accionante y el uso de su informe, no le permitieron percibirse del estado de embarazo.- Esto no es mas que una afirmación sin respaldo probatorio alguno, no se trajo ninguna prueba testimonial que corroborase el aserto que la condición física de la señora Mirena Tapias, no permitía dejar ver el estado de embarazo.-

También se afirma por la impugnante que ni siquiera la señora Mirena Tapias Benavides, conocía su estado de gravidez. Esto no está acreditado en su escrito de tutela la accionante en ningún momento manifiesta tal desconocimiento.-

SE dice por la parte impugnante que la tutelante no alegó el hecho notorio del conocimiento del empleador de su estado de embarazo en su favor. En verdad que ello no era necesario pues la accionante ha cumplido con poner de presente el despido en estado de embarazo, correspondiendo al juez constitucional verificar si, de acuerdo a las probanzas, en el evento se cumple con los requisitos que conforman la sub-regla propuesta por la jurisprudencia constitucional, es decir es al juez de tutela al que le corresponde establecer si se está o no en presencia del conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador a través de un hecho notorio.

Se dice por la parte impugnante que no se cumple con el requisito de la inmediatez. Tenemos que en este caso el despido acaece en mayo 30 de 2020, y el nacimiento del menor ocurre en septiembre 22 de 2020, la tutela es interpuesta es sometida a reparto en 02 de febrero de 2021.- Esto quiere decir que para el amparo del derecho a la protección por estado de embarazo trascurrieron ocho (08) meses, y para la protección por lactancia del recién nacido trascurrieron cuatro (04) meses y diez (10) días.

En caso similar de protección a la mujer que invocaba la protección de sus derechos fundamentales como mujer embarazada y los de su hijo recién nacido, la Corte Constitucional en sentencia T395 de 2018 hace el siguiente análisis sobre el requisito de la inmediatez:

iv) La acción de tutela fue **interpuesta en un término razonable**. De cara a este requisito, la Sala considera importante destacar que la jurisprudencia constitucional no ha establecido un término específico para la presentación de la acción de tutela, dado que se trata de un requisito que debe ser valorado de cara a las circunstancias de cada caso concreto, a partir de las condiciones

particulares del accionante y la posibilidad efectiva que ha concurrido para acceder a las vías judiciales ordinarias.

En tal medida se ha exigido que el amparo se eleve dentro de un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración, sin que para ello exista un plazo perentorio, toda vez que se ha insistido en que no existe un término de caducidad para la acción de tutela, debido a que el artículo 86 de la Constitución establece que esta puede intentarse “en todo momento”, sin que ello implique que la inmediatez no sea esencial en el examen de procedibilidad de la acción de tutela².

En este caso, la decisión judicial atacada se profirió el 28 de marzo de 2017, siendo notificada en estrados, por su parte la acción de tutela se interpuso el 7 de noviembre de 2017, **si bien, en principio se advierte que el amparo se elevó poco más de 7 meses después de dictada la decisión objeto de reproche, este término resulta razonable dadas las especiales condiciones de la parte accionante, pues se trata de un sujeto que reviste una especial protección constitucional que está procurando la protección no solo de sus derechos fundamentales sino también de su hijo.**

Por lo que en este caso no es adecuado establecer un plazo perentorio para acudir a la acción de tutela cuando se desconocieron los derechos de la mujer gestante e incluso del que está por nacer, es necesario dar prevalencia a las garantías fundamentales a favor de los sujetos de especial protección constitucional.

Finalmente, es preciso evidenciar que mediante las sentencias T-100 de 2010, T-246 y T-253 de 2015, y recientemente la T-198 de 2018, **esta Corporación realizó análisis similares del cumplimiento del requisito de inmediatez, en casos en los cuales se presentaron acciones de tutela en los que habían transcurrido siete y ocho meses** entre la notificación de la providencia judicial atacada y la presentación de la acción de tutela. (Resaltos del juzgado)

Se puede ver que los términos de presentación de la tutela para la protección de derechos similares en los antecedentes jurisprudenciales citados, son similares al de 8 meses en que la señora MIRENA MARGOTH TAPIA BENAVIDES, interpuso su tutela.-

En cuanto a las alegaciones de la impugnante que el derecho proclamado por la accionante no es en ningún momento un derecho fundamental, y que además existen otras vías o mecanismos jurídicos con los cuales cuenta el accionante para reclamar los derechos que él considera se le están vulnerando, debe decirse que las sentencias SU 070 de 2013 y SU 075 de 2018, sumadas a copiosas providencias en términos similares, dejan en claro que en sede de tutela si es posible conceder el amparo deprecado por la tutelante.

En consecuencia, este despacho judicial procederá a confirmar en todas sus partes la sentencia de primera instancia.

En virtud a todo lo expuesto el **JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

² Ver sentencias SU-210 de 2017, T-060 de 2016, T-332 de 2015, T-643 de 2014, T-936 de 2013, T-187 de 2012, T-288 de 2011, entre otras.

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de fecha de 12 de febrero de 2021 y el auto de 24 de febrero de 2021 que lo adiciona, proferidos por el Juzgado Once De Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Barranquilla

SEGUNDO: Notifíquese este fallo a las partes.

TERCERO: Remítase lo actuado a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Firmado Por:

**JAVIER VELASQUEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 004 CIVIL DEL CIRCUITO BARRANQUILLA**

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:

438e340efe836dae9a29fa2c102b261cf4e3446b7ec9347474e66fa9fb444f8e

Documento generado en 19/04/2021 09:29:59 PM

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