

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA DE INDIAS

Cartagena, marzo veintinueve (29) de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Se decide la impugnación que elevó la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias y la Secretaría del Interior y Convivencia Ciudadana, contra la sentencia de 16 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Cartagena dentro de la acción de tutela de la referencia.

ANTECEDENTES FACTICOS RELEVANTES

Manifiesta la accionante, que el día 14 de enero de 2022, firmó contrato de prestación de servicios con la Secretaria del Interior y Convivencia Ciudadana, de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, el cual tenía como fecha de inicio el 17 de enero de 2022 y finalización el 16 de diciembre de 2022.

Señala esta, que las actividades para las que fue contratada desde 2020, las realizó de forma continua, personal, bajo una continuada subordinación, cumpliendo con los horarios establecidos por los distintos secretarios del interior con los que ha trabajado desde enero de 2020, cumpliendo a cabalidad con sus obligaciones contractuales estipuladas y las demás que me fueron asignadas durante todo el tiempo de vigencia de los contratos, lo que demuestra que lo que se ocultaba tras el tipo de contrato suscrito es realmente un contrato real de trabajo.

Indica la actora, que en el mes de febrero de 2022 notificó a la oficina de Talento Humano de su estado de embarazo, el cual terminó el día 9 de septiembre de ese mismo año con el nacimiento de su hijo.

Señala la misma, que el 5 de diciembre de 2022, presentó acción de tutela contra la misma accionada, para que se ordenara el pago de las cuentas radicadas a la fecha de presentación y las venideras durante la

TUTELA: SEGUNDA INSTANCIA - DERECHO ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA
RADICACIÓN: 13001400301020230008301
ACCIONANTE: ALICIA MERCADO PAJARO
ACCIONADO: ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS, SECRETARIA DEL INTERIOR Y CONVIVENCIA

vigencia del contrato, toda vez que con anterioridad había presentado solicitud por escrito no resuelta.

Manifiesta la tutelante, que en fecha 16 de enero de la presente anualidad presentó solicitud formal a la accionada en la que solicitó información de su proceso de contratación para la vigencia de 2023 y en la que recordó su situación especial por fuero de maternidad y estabilidad laboral reforzada, sin embargo, a la fecha no ha recibido respuesta alguna.

Afirma esta, que a la fecha de presentación de esta acción la señora Ana María González Forero, Secretaria del Interior y Convivencia Ciudadana, no ha solicitado la actualización de su documentación para la formulación de nuevo contrato que permita su vinculación con la accionada, a pesar de tener pleno conocimiento de su estabilidad laboral reforzada por encontrarme en licencia de maternidad y de que haya demostrado el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

PRETENSIONES

Como consecuencia de lo anterior, solicitó la parte actora, se le ampare los derechos fundamentales a la dignidad humana, mínimo vital, seguridad social, petición y protección a la estabilidad laboral reforzada y en consecuencia se le ordene a la Secretaría del Interior y Convivencia Ciudadana que de manera inmediata que se le reintegre al cargo desempeñado anteriormente o a uno equivalente con el fin de continuar laborando con la entidad accionada.

Así mismo, que se ordene pagar los honorarios dejados de percibir desde la fecha de no renovación del contrato de prestación de servicios hasta la fecha de terminación del periodo de lactancia y realizar el pago por concepto de indemnización por despido discriminatorio que trata el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo.

Además, pido que se le ordene a la accionada contestar la petición presentada en fecha 16 de enero de 2023.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El a-quo en sentencia de fecha febrero dieciséis (16) de dos mil veintitrés (2023), resolvió tutelar los derechos fundamentales invocados, por cuanto consideró que *“la decisión de la Secretaria del*

Interior y Convivencia Ciudadana de no prorrogar el contrato suscrito con la accionante ALICIA MERCADO PAJARO, no resulta ser adecuada por desconocer los derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, el mínimo vital y la estabilidad laboral, muy a pesar que si bien es cierto la controversia que se suscita en el presente tramite tiene su origen en la naturaleza de un contrato de prestación de servicios, sin embargo al no prorrogar el mismo y logrando constatarse que la accionante se encontraba en periodo de lactancia, implica que en este caso su contratante al momento de terminar el contrato no tuvo en cuenta el estado protección laboral en que se encontraba la accionante, máxime que no obra prueba alguna en el expediente que la entidad accionada hubiese contado para la decisión de no contratar o prorrogar el contrato de la accionante con autorización del Ministerio del Trabajo, y ante ello es claro que el empleador o contratante no podrá desvincular unilateralmente ninguna trabajadora o contratista que se encuentre en estado de embarazo o periodo de lactancia, ni siquiera bajo el supuesto de una justa causa de terminación o argumentado el vencimiento del término pactado, sin previa autorización por parte del Inspector del Trabajo para tal fin, pues como lo dijo la Corte, la protección a la mujer en estado de embarazo protege su gestación y su periodo de lactancia sin importar la relación laboral que se tenga o la modalidad del contrato que se suscriba.”

FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACION

Las accionadas impugnaron la sentencia de primera instancia de la siguiente manera:

La ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA considero que “...como se expuso al juez de primer grado, la accionante cuenta con un mecanismo ordinario para elevar las pretensiones formuladas en la acción de tutela, que corresponde al proceso laboral ordinario ante los jueces laborales o el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ante los jueces administrativos, según las particularidades del caso (ver sentencia T-329 de 2022 en la cual se estudió un caso mediante el cual se elevó las mismas pretensiones), resultando idóneo y eficaz dicho mecanismo judicial, máxime cuando la labor probatoria que se amerita es imposible agotarla al interior del trámite de tutela, por el término expedito con el que cuenta el juez constitucional para su resolución.

El juez de primer grado concedió el amparo como mecanismo transitorio, lo que conlleva a analizar y demostrar la existencia de un perjuicio

irremediable, para ello, no bastará con que el accionante indique que busca evitar un perjuicio irremediable, sino que deberá acreditar los presupuestos fijados por el máximo órgano constitucional para su configuración.

El juez de primer grado en la parte motiva de la sentencia objeto de impugnación no efectuó ningún análisis respecto a la procedencia de la presente acción de tutela, tampoco su decisión se sustentó en las pruebas que realmente obran en el expediente, debido a que, la accionante solo aporta el contrato celebrado y los informes de gestión con los cuales demostraba el cumplimiento del objeto contractual, elementos que hacen parte de la planeación y seguimiento de las actividades enmarcadas en el contrato de prestación de servicios.

Cabe resaltar que, la aquí accionante al momento de la terminación de su contrato de prestación de servicios ya no estaba amparada por el fuero de maternidad, pues no se cumplen los presupuestos esenciales que ha determinado la Corte para el fuero de maternidad, los cuales son: “ i) la existencia de una relación laboral o de prestación; y que ii) en vigencia de la citada relación laboral o de prestación, se encuentre en embarazo o dentro de los tres (03) meses siguientes al parto”. (Sentencia T-030/2018, reiterada en sentencia SU-075/2018 y acogida en sentencia reciente T-329/2022).”

La SECRETARIA DEL INTERIOR Y CONVIVENCIA CIUDADANA expuso que, *“la decisión de primera instancia, carecer de las condiciones necesarias de una sentencia congruente, teniendo en cuenta que el a quo dentro de su proveído ordena a esta dependencia el pagar de los honorarios dejados de cancelar y el pago por concepto de indemnización por despido discriminatorio.*

Con la decisión de la señora MERCADO PAJARO, de no aceptar el contrato enviado a la plataforma SECOP 2, queda evidenciado que no se le está causando un perjuicio irremediable.

Cabe anotar señor Juez, el contrato suscrito por la señora ALICIA MERCADO PAJARO, terminó el 31 de diciembre del año 2021, por una causal objetiva que es la expiación del pacto fijado por las partes.

Por lo tanto, no ha existido ningún tipo de discriminación, por lo que muy respetuosamente consideramos que no es procedente la

TUTELA: SEGUNDA INSTANCIA - DERECHO ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA
RADICACIÓN: 13001400301020230008301
ACCIONANTE: ALICIA MERCADO PAJARO
ACCIONADO: ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS, SECRETARIA DEL INTERIOR Y CONVIVENCIA

indemnización de que trata el artículo 239 del C.S.T., y demás ordenado en el numeral 3 del presente fallo objeto de impugnación.

Si hubiese existido algún acto discriminatorio no se le hubiera hecho el adicional No 001 del contrato 296 de 2022 y sumó 15 días a dicha relación contractual para así garantizar la estabilidad laboral reforzada de la accionante. Por tal razón la Sra. MERCADO PÁJARO, estuvo vinculada hasta el 31 de diciembre del 2022 fecha límite permitida por la vigencia fiscal de esa anualidad.”

ACTUACION PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 01 de marzo de 2023, fue admitida la impugnación de la sentencia presentada por las accionadas y en esa misma fecha se notificó tal actuación a los sujetos procesales.

PRUEBAS

Se tienen como tales, todas las documentales adjuntas tanto al libelo introductorio, como a los escritos de descargos y de impugnación.

PROBLEMA JURIDICO

A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela y de la decisión adoptada en la respectiva instancia judicial, en esta oportunidad le corresponde a este Despacho resolver el siguiente problema jurídico:

¿Tal como lo consideran las partes impugnantes, es constitucionalmente plausible revocar o modificar la decisión de primera instancia que tuteló los derechos fundamentales de la accionante de la forma en que anteriormente fue visto?

TESIS DEL DESPACHO

Será positivo frente al problema jurídico anterior, en el sentido que la decisión de primer grado habrá de ser modificada, habida cuenta de las siguientes,

CONSIDERACIONES

En la Sentencia T-030 de 2018, la Corte Constitucional explicó las reglas y parámetros relacionados con la protección a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en embarazo y lactancia. Al respecto, dicha corporación señaló:

“De conformidad con lo preceptuado en el artículo 53 de la Constitución Política, todo trabajador tiene derecho a permanecer en su cargo y a no ser desvinculado del mismo en forma intempestiva. Conjuntamente, la protección constitucional a la estabilidad laboral durante el embarazo y después del parto se encuentra establecida en el artículo 43 Superior.

(...)

Por su parte, del artículo 13 de la Constitución, que consagra el principio de igualdad, se deduce que está prohibida cualquier forma de discriminación en la esfera laboral de la mujer embarazada o en etapa de lactancia. Así pues, el fundamento constitucional de la protección de la madre gestante y después del parto se encuentra en los artículos 13, 43 y 53 Superiores.

(...)

El artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone la prohibición de despedir a una mujer por motivo de su embarazo o lactancia y señala una presunción, según la cual se entiende que el despido se ha efectuado por tales motivos, cuando se realiza sin el correspondiente permiso del inspector del trabajo. Igualmente, estipula el pago de una indemnización en caso de que se produzca la desvinculación laboral sin la respectiva autorización del Ministerio de Trabajo que consiste en 60 días de salario.

El artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, ordena al empleador acudir al inspector del trabajo antes de proceder al despido de una mujer durante el periodo de embarazo o de lactancia; por su parte, el artículo 241 del Estatuto Laboral, dispone que no producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en período de licencia de maternidad o lactancia...”

Ahora bien, los presupuestos esenciales que ha determinado la Corte Constitucional en la sentencia SU -070 de 2013 para el fuero de maternidad son: i) la existencia de una relación laboral o de prestación

TUTELA: SEGUNDA INSTANCIA - DERECHO ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA
RADICACIÓN: 13001400301020230008301
ACCIONANTE: ALICIA MERCADO PAJARO
ACCIONADO: ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS, SECRETARIA DEL INTERIOR Y CONVIVENCIA

de servicios; y, ii) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres (03) meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación de servicios.

No obstante, el alcance de la prestación se debe determinar a partir de, i) el conocimiento del embarazo por parte del empleador, y ii) la alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.

En cuanto a la alternativa laboral, la estabilidad laboral reforzada de las mujeres gestantes y lactantes, se aplica de manera autónoma a la modalidad del vínculo contractual que exista entre las partes, de ahí que para prodigar la protección constitucional por maternidad sea indistinto que se trate de un contrato laboral a término fijo, indefinido, por obra o labor determinada, o incluso, un contrato de prestación de servicios. Con todo, la forma de vinculación ciertamente es uno de los factores determinantes del alcance y el tipo de amparo.

La Corte también previó el supuesto de vinculación de una mujer lactante o gestante, mediante contrato de prestación de servicios, y en consecuencia, señaló que pese a que la acción de tutela no sería en principio el mecanismo judicial idóneo para declarar la existencia de un contrato realidad *‘el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral’*.

Así pues, era menester que previamente a su decisión, el juez de primera instancia determinara si en el caso concreto se estructuraban los elementos de un contrato de trabajo (contrato realidad) independiente de la denominación que el empleador adopte, cosa que no hizo en la sentencia impugnada y que entonces compete hacer en este caso en particular en sede de impugnación. Veamos:

La jurisprudencia de la Corte ha reconocido que los elementos que configuran la existencia de un contrato de trabajo, son (i) el salario, (ii) la continua subordinación o dependencia y (iii) la prestación personal del servicio. Por lo tanto, si el juez de tutela concluye la concurrencia de estos tres elementos en una vinculación mediante contrato de prestación de servicios de una trabajadora gestante o lactante, podrá concluirse que se está en presencia de un verdadero contrato de trabajo’.

En el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la misma Corporación ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo.

En ese sentido, en el caso que concita la atención, en primer lugar, se constata que la ciudadana ALICIA MERCADO PAJARO celebró varios contratos de prestación de servicios con el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, desde el año 2020 hasta el 2022, tal como consta en los anexos de la demanda, para la realización de las siguientes funciones:

“Prestación de servicios profesionales con destino a la secretaria del interior y convivencia ciudadana. cláusula 2 - obligaciones específicas del contrato: 1. realizar actividades administrativas, tales como archivar, planificar y coordinar las actividades generales de la oficina, además de redactar los reportes correspondientes. 2. mantener informado al secretario del interior y convivencia ciudadana de toda la correspondencia remitida por competencia a la secretaria. 3. direccionar oportunamente por medios informáticos o físicos la correspondencia y documentos que le sean confiados por gestión documental a las distintas dependencias de la secretaria del interior y convivencia ciudadana. 4. apoyar en la organización, filtro y salvaguardar la correspondencia y documentos radicados a través del módulo aplicativo de correspondencia SIGOP implementado por la alcaldía de Cartagena. 5. las demás que le sean asignadas. 6. participar en el diseño e implementación de los procesos en el marco del programa de modernización y rediseño institucional, de acuerdo con el cronograma establecido.”

Las partes acordaron que los contratos se ejecutarían en el plazo de 11, 6, 4 meses y 15 días dentro del respectivo año. Este elemento se encuentra acreditado mediante los contratos suscritos por las partes, que hacen parte de los anexos de la acción constitucional.

Empero, para determinar si los contratos ocultaron una relación laboral, es necesario tener en cuenta la Sentencia SU-070 de 2013, en la cual se estableció que se debe evaluar si concurre el elemento de subordinación o dependencia, es decir, si existió una relación en donde el empleador dio órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo y exigió el cumplimiento de un horario determinado de trabajo.

La actora pretendió sustentar la existencia de una relación laboral simplemente manifestando que *“realizó de forma continua, personal, bajo una continuada subordinación, cumpliendo con los horarios establecidos por los distintos secretarios del interior, cumpliendo a cabalidad con sus obligaciones contractuales estipuladas y las demás que me fueron asignadas durante todo el tiempo de vigencia de los contratos”*, lo cual, a juicio de este despacho, no es suficiente para hallar demostrado el presupuesto estudiado ya que más allá de la afirmación de la actora, no se evidencia en el expediente por lo menos prueba sumaria que conlleve a dar por demostrada la pretendida subordinación, especialmente en lo que concierne al sistemático y permanente cumplimiento de horarios impuestos por la parte contratante, amén que no basta el solo cumplimiento del objeto del contrato, pues el solo concepto de “contrato”, implica una serie de obligaciones que deben ser asumidas a cabalidad, so pena de justificar jurídicamente su terminación

Tampoco la permanencia, por sí sola es capaz de demostrar el factor de la subordinación, pues se itera, a juicio de este juzgador, además de ella y del mero cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, que resulta apenas lógico, era menester demostrar, más allá que simplemente afirmar, que la entidad contratante impuso a la contratista, la presencia en el lugar de trabajo con cumplimiento estricto de horarios laborales, aspecto que, como se dijo, en este caso en manera alguna se probó por lo menos de forma sumaria.

La accionante solo afirmó que existía una relación laboral entre las partes por que cumplía los horarios establecidos por los distintos secretarios del interior, sin embargo, no indicó cual era dicho horario, así como tampoco, aportó las probanzas que le permitieran al juez constitucional determinar esa circunstancia.

Así las cosas, concluye este juzgador, que no se acreditó en este caso que concurren los elementos del contrato de trabajo, ello sin perjuicio, obviamente de que la accionante ejercite posteriormente las acciones judiciales ante la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social o contenciosa administrativa, en aras de que debata en su escenario natural la existencia de un contrato realidad basado en el subordinación.

Sin embargo, el hecho de que no se encuentren acreditados los elementos del contrato realidad no implica que la accionante carezca de protección constitucional, como quiera que la protección reforzada de la

TUTELA: SEGUNDA INSTANCIA - DERECHO ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA
RADICACIÓN: 13001400301020230008301
ACCIONANTE: ALICIA MERCADO PAJARO
ACCIONADO: ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS, SECRETARIA DEL INTERIOR Y CONVIVENCIA

mujer en estado de embarazo o en periodo de lactancia opera con independencia de la alternativa laboral a través de la cual se encuentre vinculada, tal como se extrajo de la jurisprudencia arriba citada.

Así, en la sentencia T-329 de 2022 la Corte señaló los elementos para que proceda la protección reforzada a la mujer gestante por la vía de tutela en el marco de un contrato de prestación de servicios: i) que el contratante conociera el estado de gestación, ii) que el objeto contractual persista, y iii) que no cuenta con el permiso del inspector de trabajo para dar por terminado el contrato por justa causa.

En cuanto al primer elemento, es claro que la Alcaldía Mayor de Cartagena conocía el estado de embarazo de la señora ALICIA MERCADO PAJARO. En efecto, está probado que la accionante informó a la accionada sobre su estado de embarazo el 02 de febrero de 2022 a través de una comunicación escrita. En dicha comunicación, la accionante le notificó que se encontraba en estado de embarazo.

Así las cosas, se encuentra acreditado que la accionada conocía el estado de embarazo de la accionante antes de la fecha del vencimiento del término contractual, tan es así, que inclusive prorrogó el contrato por el termino de 15 días, hasta el 31 de diciembre de 2022.

En cuanto al segundo requisito, es decir, que el objeto del contrato persista, no hay evidencia que el objeto del contrato haya desaparecido, como quiera que la accionada no dijo nada al respecto, ni ello se deduce de las pruebas aportadas al expediente.

Por otro lado, está demostrado que la Alcaldía Mayor de Cartagena dio por terminado el contrato de prestación de servicios sin contar con la autorización del inspector del trabajo, pues no se aportó la prueba de lo contrario. Tal circunstancia no fue desvirtuada por la entidad en el proceso, pues esta se limitó a señalar que al momento de finalización del contrato de prestación de servicio la accionante, ya no gozaba del fuero de maternidad, pues en su sentir, este culminó por “expiración del plazo pactado entre las partes” y no por un trato discriminatorio.

No obstante, el anterior argumento, no es de recibo para este juzgador, como quiera que no es cierto que el 31 de diciembre de 2022, cuando expiró el término de la prórroga del contrato de prestación de servicios, la accionante ya no gozaba del fuero de maternidad, toda vez que teniendo en cuenta que su hijo nació el 9 de septiembre de 2022, el

periodo de lactancia, es decir, las 18 semanas, se cumplían en la segunda semana del mes de enero de 2023, es decir, de manera posterior a la fecha de terminación del contrato (31 de diciembre de 2022), por lo que la accionante sí era beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada a la fecha de la terminación del contrato de prestación de servicios.

Nótese como el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2 de la ley 1822 de 2017 establece la prohibición de despido, así: *“1 numeral condicionalmente exequible - Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.*

2 <Numeral modificado por el artículo 1 de la Ley 2141 de 2021. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo **y/o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto.**”

A su vez, el artículo 240 ídem, en cuanto al permiso para despedir, reza *“1. numeral modificado por el artículo 2 de la Ley 2141 de 2021 “Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o a las dieciocho (18) semanas posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. La misma autorización se requerirá para despedir al trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo y no tenga un empleo formal, adjuntando prueba que así lo acredite o que se encuentre afiliada como beneficiaria en el Sistema de Seguridad Social en Salud.”*

De ese modo, la Corte Constitucional en sentencia SU- 075 de 2018 consideró que *“...la regulación legal del fuero de maternidad contempla varias medidas orientadas a garantizar el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres. No obstante, la Sala estima necesario llevar a cabo dos precisiones sobre esta materia.*

En primer lugar, que el 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 segundo lugar, es importante señalar que el fuero de maternidad se extiende desde el momento en que la trabajadora se encuentra en estado

de gestación hasta que culmina el período de lactancia previsto en el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo. Así lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha distinguido entre la presunción de desvinculación en razón del embarazo (prevista en el numeral 1º del artículo 239 del CST) y la extensión de la garantía de ineficacia del despido (contenida en el artículo 241 del CST)¹.

En tal sentido, la presunción de que la terminación del contrato se debió al estado de gravidez únicamente es aplicable en el período de gestación y dentro de los cuatro meses posteriores al parto. No obstante, ello no quiere decir que el empleador pueda desvincular injustamente a una trabajadora al inicio del quinto mes posterior al parto, cuando ha culminado el término de su licencia de maternidad. Por el contrario, lo que ocurre es que desaparece la presunción de que el despido fue motivado en el embarazo.

De este modo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia explicó que *“en el segundo trimestre posterior al parto, y por efecto del uso de los períodos de descanso por lactancia, **permanece vigente la protección a la trabajadora lactante**, pero la distribución de la carga de la prueba para acreditar el móvil del despido se rige por la fórmula ecuménica del artículo 177 del CPC (...), hoy prevista por el artículo 167 del CGP”*². En esta medida, se aplica la regla general según la cual incumbe al demandante probar aquello que alega.

*Por tanto, aunque la presunción según la cual la terminación del contrato se debió a la condición de gestante culmina transcurrido el cuarto mes posterior al parto, la protección a la trabajadora lactante se mantiene. **Así, durante las semanas siguientes a dicho período, mientras la trabajadora goce de su licencia de maternidad (que asciende a 18 semanas en total) y en el término de la lactancia, se conserva la garantía de estabilidad laboral reforzada en los términos del artículo 241 del CST, pese a que no es aplicable la presunción de despido por causa del embarazo.**”*

Bajo esas circunstancias, este despacho considera que efectivamente se le vulneró el derecho a la estabilidad reforzada derivada del fuero de maternidad a la señora ALICIA MERCADO PAJARO, pues la accionada no tuvo en cuenta en su totalidad el término legal de lactancia, conforme fue visto, en vista que decidió dar por terminado el contrato de prestación de servicios de manera anticipada a su vencimiento, sin

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 10 de mayo de 2017. M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán. SL7363-2017. Rad. 45297; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 10 de mayo de 2017. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas. SL4280-2017. Rad. 49165.

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 10 de mayo de 2017. M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán. SL7363-2017. Rad. 45297; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 10 de mayo de 2017. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas. SL4280-2017. Rad. 49165.

TUTELA: SEGUNDA INSTANCIA - DERECHO ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA
RADICACIÓN: 13001400301020230008301
ACCIONANTE: ALICIA MERCADO PAJARO
ACCIONADO: ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS, SECRETARIA DEL INTERIOR Y CONVIVENCIA

mediar autorización del ministerio competente y no se demostró que el objeto del contrato ya no persiste.

Por otro lado, en el escrito de impugnación, la Secretaria del Interior y Convivencia Ciudadana, indicó que *“la decisión de primera instancia, carece de las condiciones necesarias de una sentencia congruente, teniendo en cuenta que el a quo dentro de su proveído ordena a esta dependencia el pago de los honorarios dejados de cancelar y el pago por concepto de indemnización por despido discriminatorio.”*

Pues bien, al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T- 329 de 2022 consideró, que *“En consecuencia, en el presente asunto concurren los requisitos definidos en la jurisprudencia constitucional para la protección de la mujer gestante en el contrato de prestación de servicios. Esta protección está sustentada en el mandato de especial protección para la mujer durante el embarazo y después del parto y la prohibición general de discriminación descrita en el fundamento 11 de esta providencia. Por lo tanto, la medida de protección consiste en: (i) la renovación de la relación contractual, (ii) el pago de los honorarios dejados de percibir, (iii) el pago de la indemnización por despido discriminatorio y (iv) el pago de la licencia de maternidad.*

(...)

La accionante reclamó la indemnización correspondiente a 180 días de salario que reconoce la Ley 361 de 1997 por despido discriminatorio. Sin embargo, de acuerdo con el precedente establecido, entre otras, en las sentencias T-564 de 2017, T-350 de 2016, 316 de 2016, T-102 de 2016 y T-346 de 2013, la indemnización procedente corresponde al pago de 60 días de trabajo en los términos del numeral 3 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo. Esta protección resulta aplicable en el caso de los contratos de prestación de servicios en la medida en que su fundamento constitucional no radica en el tipo de vínculo o alternativa laboral mediante la cual se encuentre contratada la accionante. Así lo estableció esta Corporación en las sentencias C- 470 de 1997 y C-005 de 2017, en las cuales señaló que el objetivo de esa sanción es salvaguardar a la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito laboral. Además, la Corte precisó en estas decisiones que el fundamento de esa protección se deriva, entre otros, del derecho a la igualdad y la especial protección de la mujer gestante establecida en el artículo 43 constitucional. En consecuencia, la Sala reiterará la medida de protección definida en el precedente en mención y ordenará el pago de la indemnización prevista en el artículo 239.3 del Código Sustantivo del Trabajo.”

De conformidad con la jurisprudencia constitucional última transcrita, sobre todo de sus apartes resolutivos, dado que se trata de un caso bastante similar al que concita la atención, **i)** la renovación de la relación contractual de la accionante como consecuencia de la

TUTELA: SEGUNDA INSTANCIA - DERECHO ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA
RADICACIÓN: 13001400301020230008301
ACCIONANTE: ALICIA MERCADO PAJARO
ACCIONADO: ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS, SECRETARIA DEL INTERIOR Y CONVIVENCIA

estabilidad laboral reforzada debió operar hasta el vencimiento del término del periodo de lactancia, pues tal orden debe estar en consonancia con la norma legal arriba transcrita, es decir, el artículo 239 del código sustantivo del trabajo, por lo que no era dable disponer stricto sensu, el “reintegro”, como mal lo hizo el juzgado a quo en la sentencia impugnada, **ii)** la actora, en consecuencia, tiene derecho al pago de sus honorarios dejados de percibir hasta la fecha de culminación del periodo de lactancia, y no hasta más allá de ella, y, **iii)** además, es beneficiaria efectivamente, al pago por concepto de la indemnización por despido discriminatorio de que trata el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, consistente en los honorarios correspondientes a 60 días de trabajo, lo cual es totalmente aplicable al caso de la accionante, a quien no se le renovó efectivamente el contrato de prestación de servicio hasta la fecha cabal de terminación del periodo de lactancia.

Ergo, considera este juzgador necesario revocar parcialmente y modificar la sentencia de primera instancia, como quiera que el juez de primera instancia no utilizar la tutela como mecanismo transitorio ordenando el “reintegro” de la accionante, sino que era menester más bien, que se ajustara a los puntos anteriormente enunciados, y así se dispondrá en el aparte resolutivo de esta sentencia de segundo grado.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena de Indias administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar el numeral primero de la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: Revocar el numeral segundo de la sentencia de tutela impugnada.

TERCERO: Modificar el numeral tercero de la sentencia impugnada, el cual quedará de la siguiente forma:

“Ordenar a la ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA, SECRETARÍA DEL INTERIOR Y CONVIVENCIA CIUDADANA, reconocer y pagar a la señora ALICIA MERCADO PAJARO dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, los honorarios dejados de percibir desde la fecha de no renovación del contrato de prestación de servicios hasta la

TUTELA: SEGUNDA INSTANCIA - DERECHO ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

RADICACIÓN: 13001400301020230008301

ACCIONANTE: ALICIA MERCADO PAJARO

ACCIONADO: ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS, SECRETARIA DEL INTERIOR Y CONVIVENCIA

fecha de terminación del periodo de lactancia y la indemnización por despido discriminatorio de que trata el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo”.

CUARTO: Notificar de inmediato a las partes de la manera más expedita y eficaz.

QUINTO: Oportunamente, por secretaria dese cumplimiento a lo dispuesto por el Art. 32 del decreto 2591/91, remitiendo el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Cesar Farid Kafury Benedetty

Juez Circuito

Juzgado De Circuito

Civil 004

Cartagena - Bolivar

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: **611cf7609b35d8dcd60a8e4be79dae3cd900b19a9796892e00c217993c59fdd0**

Documento generado en 29/03/2023 11:51:12 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>