

**JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**



Bogotá D. C., veintiséis (26) de mayo de dos mil veinte (2020).

Proceso	Acción de tutela
Radicación	11001-33-35-013-2020-00095-00
Accionante	ADRIANA ACUÑA BOCAREJO
Accionado	MINISTERIO DE TRABAJO Y FEDCO S.A.
Vinculado	E.P.S. SANITAS
Asunto:	SENTENCIA

*Procede el Despacho a resolver la acción de tutela impetrada por la señora **ADRIANA ACUÑA BOCAREJO**, en nombre propio, contra el **MINISTERIO DE TRABAJO** y **FEDCO S.A.**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales, dentro de la cual se vinculó a la **E.P.S SANITAS**.*

ANTECEDENTES

1. Petición.

*La accionante **ADRIANA ACUÑA BOCAREJO**, en ejercicio de la acción de tutela, solicita el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, igualdad, mínimo vital, seguridad social y estabilidad laboral reforzada, que estima vulnerados por el **MINISTERIO DE TRABAJO** y **FEDCO S.A.** al haber suspendido esta última, su contrato de trabajo sin otorgarle las alternativas de teletrabajo o licencia pre-parto, para solventar sus necesidades básicas. En consecuencia, pretende se ordene a la sociedad accionada el restablecimiento de sus condiciones y prerrogativas laborales, el pago de salarios y prestaciones sociales desde la suspensión del contrato y el pago de la licencia de maternidad.*

2. Situación fáctica

En síntesis, la accionante fundamenta la acción de tutela en los siguientes hechos:

- Que se encontraba vinculada a la compañía **FEDCO S.A.**, por contrato de trabajo a término indefinido, desde el 1° de mayo de 2016, como analista de gestión humana.*

- Que debido a la emergencia presentada en el país por el COVID – 19, FEDCO decidió concederle vacaciones del 24 marzo al 15 abril de 2020.

- Que el día 21 de abril de 2020 FEDCO le comunicó, vía correo electrónico, la suspensión por fuerza mayor de su contrato de trabajo, por el periodo comprendido entre el 14 y el 26 de abril de 2020 o hasta que el gobierno autorizara la normalización de las actividades.

- Que en virtud de lo anterior, procedió a comunicarse con el MINISTERIO DE TRABAJO para exponer su situación y allí le informaron que FEDCO, no podía tomar dicha decisión porque ella tenía protección especial y estabilidad reforzada. Que por ello dio contestación al correo enviado por esa compañía manifestando su desacuerdo, trayendo a colación los artículos 44, 53, parágrafo 2 y 236 de la Constitución Política de Colombia.

- Que como respuesta al correo por ella remitido, FEDCO le indicó que le seguiría pagando la seguridad social, pero mantendría la suspensión del contrato.

- Que según su médico tratante, la fecha posible de parto era para el 13 de mayo de 2020.

- Que no podía comparecer a su lugar de trabajo de manera presencial debido a las medidas adoptadas por el COVID 19 y por su estado de embarazo, por lo que FEDCO debió prever tal situación y mantener su contrato a través del teletrabajo o concediéndole la licencia de maternidad pre-parto, dos semanas antes del alumbramiento.

3. Actuación Procesal

3.1. Mediante auto del 12 de mayo de 2020, este despacho avocó el conocimiento de la presente acción de tutela y ordenó notificar a los presuntos responsables de las accionadas, esto es, al **MINISTRO DE TRABAJO** y al **representante legal de la Compañía FEDCO S.A.**, así como vincular y notificar a la **E.P.S SANITAS**, remitiéndoles a todos el traslado de la demanda y sus anexos para que ejercieran su derecho de defensa y, como prueba, se solicitó un informe del asunto. Además, y previo a resolver la media provisional solicitada por la accionante, se ordenó requerir a la E.P.S SANITAS para que informara sobre el trámite impartido a la petición de licencia de maternidad “Preparto”, elevada por esta

en la consulta prenatal llevada a cabo en la Unidad de Atención Primaria Santa Bárbara, el 23 de abril de 2020.

3.2. Con proveído del 14 de mayo de 2020, esta dependencia judicial decretó una de las medidas provisionales solicitadas por la accionante, ordenando al gerente de FEDCO S.A, que en un término de 24 horas siguiente a la notificación de esa providencia, procedería a realizar el pago de la licencia de maternidad preparto a la accionante **ADRIANA ACUÑA BOCAREJO**, concedida por la E.P.S. SANITAS, desde el 6 de mayo de 2020, conforme al certificado expedido por esa E.P.S. Asimismo, que debía coordinar con la **EPS SANITAS** lo relativo a la prórroga de dicha licencia. Adicionalmente, negó la medida provisional relacionada con al pago de salarios.

3.3. En cumplimiento a la anterior medida provisional, la representante legal suplente de FEDCO S.A, con memorial de fecha 18 de mayo de 2020, adjuntó los soportes de pago de la licencia preparto cancelada a la accionante a su cuenta bancaria, así:

Fecha	Concepto	Días
6 al 12 de mayo de 2020	Licencia Preparto	7
13 al 15 de mayo de 2020	Licencia de maternidad	3
Total días: 10		
Valor consignado \$472.203		

3.4. La **E.P.S. SANITAS**, con oficio del 14 de mayo de 2020, contestó la tutela en los siguientes términos:

Indica que los hechos relacionados en el escrito de tutela se circunscriben a una presunta vulneración de los derechos de la accionante por parte de su empleador **FEDCO S.A.**, debido a que se le suspendió el contrato laboral sin justa causa. En ese sentido, la pretensión está encaminada a un reintegro laboral.

Que al validar su sistema de información, se halló que la señora **ADRIANA ACUÑA BOCAREJO** presenta cotizaciones en calidad de dependiente del empleador **FEDCO S.A.** y que actualmente el estado de su afiliación es activa. Que la EPS Sanitas, de manera oportuna y diligente, ha autorizado los servicios médico-asistenciales requeridos por la accionante sin que se haya rehusado a cumplir con su deber constitucional y legal.

Aduce que se desconocía la existencia de la licencia preparto expedida a la señora **ADRIANA ACUÑA BOCAREJO** el día 23 de abril de 2020, debido a que no había sido radicada ante esa EPS por el empleador ni por la usuaria, por lo que no se le podría indilgar vulneración de derechos. Que no obstante, al conocerse la mencionada licencia, en virtud de la presente acción de tutela, esa entidad procedió a validar y expedir el certificado No. 56329749 como licencia preparto, por el periodo que iba del 6 al 12 de mayo de 2020, bajo el empleador FEDCO SA, NIT 890109640, dada su condición de cotizante dependiente y debido a la obligación constituida entre las entidades promotoras de salud y los empleadores, quienes son los entes responsables de efectuar el pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud de todos sus trabajadores.

Refiere que respecto a la solicitud de pago de la licencia de maternidad, esta aún no ha sido radicada ante esa EPS por el empleador, por lo que una vez se tenga los documentos requeridos, procederá a validar los derechos y a expedir el reconocimiento económico según corresponda.

Que esa EPS no tiene injerencia en la petición de reintegro al empleo que desempeñaba la accionante, pues solo es responsable de la administración de la seguridad social en salud y no cumple con la función de empleador.

Por último, solicita su desvinculación por ausencia de responsabilidad, falta de legitimación de la causa por pasiva y carencia actual de objeto.

3.5. El Ministerio de Trabajo, con oficio allegado al correo electrónico de este despacho el día 18 de mayo de 2020, contestó la acción de tutela, a través de la directora territorial, quien expresó que una vez leídos y analizados los supuestos fácticos y las pretensiones de la acción incoada, se evidenciaba que ese ente ministerial no tiene relación directa con la accionante de ninguna naturaleza.

Que la acción de tutela debe ser declarada improcedente por falta de legitimación en la causa por pasiva frente a esa entidad, toda vez que no es ni fue el empleador de la accionante, lo que implica que no existe, ni existió un vínculo de carácter laboral ni de ninguna otra naturaleza entre la señora **ADRIANA ACUÑA BOCAREJO** y ese ministerio, y por lo mismo, no existen obligaciones ni derechos recíprocos entre ambas, lo que da lugar a que haya ausencia de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno por parte de esa cartera ministerial, bien sea por acción u omisión. Adicionalmente, que el contrato de trabajo lo suspendió

FEDCO, por lo que es a esta a la que le corresponde dejar sin efecto dicha suspensión, y al juez ordinario competente, ordenar su reintegro y/o excepcionalmente al juez constitucional.

*Precisó que analizados los hechos narrados en la acción constitucional, se infiere que FEDCO S.A. le suspendió el contrato de trabajo a la señora **ADRIANA ACUÑA BOCAREJO** amparado en la causal 1ª del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 4 de la Ley 50 de 1990, específicamente por **FUERZA MAYOR**, con ocasión a la contingencia sanitaria del COVID 19. Que por ello, es necesario que la accionante acuda al juez ordinario para que sea este, en uso de facultad de administración de justicia, el que evalúe la legalidad de la suspensión del contrato de trabajo y, de ser procedente, imponga las condenas que estime pertinente. Lo anterior toda vez que los funcionarios del Ministerio del Trabajo no están facultados para definir controversias ni declarar derechos, ya que su función está limitada a policía administrativa, bajo los parámetros de los artículos 485 y 486 del Código Sustantivo del Trabajo, y por ende, no puede invadir la órbita de la jurisdicción ordinaria laboral, contenida en el artículo 2 ibidem.*

Indica que a través de la circular externa 0022 del 19 de marzo de 2020, expedida por ese ministerio, se adoptó la figura de la fiscalización laboral rigurosa, en el sentido de que las decisiones tomadas en relación con los contratos de trabajo durante la emergencia están siendo analizadas por parte de los inspectores de trabajo y seguridad social, con el objetivo de conminar y/o persuadir al empleador a que utilice mecanismos menos lesivos para las partes, establecidos en la circular 021 de 2020 tales como: jornadas de trabajo flexibles; vacaciones anticipadas, colectivas o acumuladas; salarios sin prestación de servicio. Esto, en aras de proteger el derecho al trabajo consagrado en el artículo 25 de la Constitución Política.

Por último, solicitó declarar improcedente la acción de tutela por falta de legitimación material en la causa por pasiva en lo referente al Ministerio del Trabajo, y en consecuencia, exonerarlo de cualquier responsabilidad que se le endilgue.

*Posteriormente, la **Asesora de la Oficina Asesora Jurídica** de dicho ministerio, con oficio allegado al correo electrónico de este despacho el siguiente 19 de mayo de 2020, igualmente contestó la acción de tutela, exponiendo:*

Después de hacer un recuento normativo y jurisprudencial de la licencia de maternidad, advierte que frente a la flexibilización de algunos de los requisitos establecidos por el legislador, como los que se refieren (i) al tiempo de cotización ininterrumpida durante todo el periodo de gestación y (ii) al pago oportuno de las cotizaciones al sistema de salud por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho, la Corte Constitucional ha señalado la posibilidad de que el Sistema de Seguridad Social en Salud reconozca de manera proporcional el pago de la licencia de maternidad en los eventos en los que la madre trabajadora no cuenta con el periodo de cotización exigida por la ley, siguiendo las reglas antes mencionadas.

Que la entidad que está obligada al pago de la licencia es la empresa prestadora del servicio de salud, con cargo a los recursos del sistema de seguridad social en salud integral, y que la Superintendencia Nacional de Salud, es la que ejerce la inspección, vigilancia y control de las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios EAPB, dentro de las cuales se encuentran incluidas las Entidades Promotoras de Salud. Razón por la cual, no corresponde a ese Ministerio dar instrucciones a las EPS respecto de la forma como deben resolver las solicitudes formuladas.

Señala que respecto al despido en estado de embarazo y periodo de lactancia, la Corte Constitucional en sentencia de unificación 070 de 2013, se enfocó en dos puntos relevantes con el objeto de determinar el alcance de la protección a la trabajadora: 1°) que el empleador conociese o no el estado de embarazo de la trabajadora al momento de la desvinculación y 2°) la modalidad de alternativa laboral.

Que en relación con el primer requisito, dicha Corporación ha manifestado: “(...) 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 ello, aunque el empleador no haya sido notificado formalmente existen varias maneras, así como algunas situaciones que permitirían inferir que éste conocía el estado de gravidez de la trabajadora.

Resaltó que en la referida sentencia de unificación, la Corte Constitucional reitera la necesidad de solicitar la autorización a la autoridad administrativa laboral para despedir a una mujer en estado de embarazo o periodo de lactancia; trámite dentro del cual dicha autoridad constata las circunstancias de terminación del vínculo laboral que permita evidenciar la ocurrencia de un despido justo, y por ende, el juez constitucional puede definir con fundamento en el caso concreto y la jurisprudencia unificada del máximo tribunal constitucional, cuál es el alcance de las medidas de protección cuando han operado causas objetivas, generales y legítimas que ponen fin a la relación laboral.

Que en cuanto al fuero de estabilidad laboral para el caso del contrato de obra o labor la Corte Constitucional en sentencia SU 075 de 2018, dio una serie de reglas para la protección de la mujer que cuente con el fuero de estabilidad laboral por encontrarse en estado de embarazo, que se deben aplicar dependiendo del conocimiento que tenga el empleador del estado de la trabajadora, de la duración y terminación de la obra.

Aduce que frente al Estado de Emergencia decretado por el Gobierno con ocasión de la pandemia COVID 19, ese Ministerio expidió la circular 21 del 17 de marzo de 2020, con la cual se fijaron una serie de lineamientos a los empleadores, a fin de proteger el empleo y la actividad productiva, considerando que se trata de un fenómeno temporal y que el trabajo, conforme lo señala el artículo 25 constitucional “es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado”. Que las modalidades establecidas son el trabajo en casa, teletrabajo, jornada laboral flexible, vacaciones anuales, anticipadas y colectivas, permisos remunerados y salario sin prestación del servicio.

Considera que en virtud del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, la accionante dispone de los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos. Medios judiciales y procesales ordinarios y apropiados para resolver las controversias que se suscitan en las relaciones laborales, como lo establece el artículo 1 del Código Sustantivo del Trabajo.

Finalmente, solicitó declarar la improcedencia de la acción con relación al Ministerio del Trabajo, y en consecuencia, exonerarlo de responsabilidad alguna

que se le endilgue por falta de legitimación en la causa, dado que no hay obligación o responsabilidad de su parte, ni ha vulnerado ni puesto en peligro derecho fundamental alguno de la accionante.

3.7. FEDCO S.A. *a través de escrito remitido al buzón electrónico de este despacho el día 18 de mayo de 2020, dio respuesta a la tutela así:*

Que debido a las medidas de aislamiento preventivo obligatorio decretadas en todo el territorio nacional por el Gobierno con el fin de contener la expansión y contagio derivados del COVID-19, la actividad económica principal de la empresa, que es la comercialización de productos a través de establecimientos de comercio abiertos al público, se tuvo que suspender con el fin de evitar la aglomeración de personas que pudieran provocar la expansión del virus, lo que también obligó a la suspensión de contratos de sus trabajadores, por fuerza mayor, conforme a lo autorizado por el artículo 51, numeral 1, del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 4 de la Ley 50 de 1990.

Arguye que esa empresa dejó de percibir ingresos, lo que le impidió cumplir durante la contingencia con algunos de sus compromisos laborales con sus trabajadores. Adicionalmente, que esa sociedad se encuentra en proceso de reorganización, lo que le imposibilita adquirir préstamos bancarios y acceder a programas y aportes establecidos por el Gobierno para algunas empresas, con el fin de solventar el valor de las nóminas de sus trabajadores.

Resaltó que la decisión de esa empresa no fue intempestiva, ya que no se produjo la suspensión del contrato de la accionante desde el inicio de la emergencia social, pues primero se le otorgó un período de vacaciones, conforme lo permitía su contrato de trabajo. Agotado ello y siendo para ese momento más gravosa la situación de la compañía, se optó por la suspensión de su contrato a partir del 14 de abril de 2020 invocando la causal de fuerza mayor establecida en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que no exige autorización previa ni control posterior por parte del Ministerio del Trabajo o de autoridad alguna.

Adicionalmente, indicó que se le informó a la señora ACUÑA BOCAREJO que FEDCO seguiría pagando la seguridad social tal como lo estipula el artículo 53 ibidem, con lo que se garantiza no solo el acceso a la atención médica para ella y su hijo por nacer o ya nacido, sino también el derecho a la prestación económica

derivada de las licencias pre y post parto, en los términos establecidos por la ley, pudiendo solventar sus necesidades y las de su hijo.

Advirtió que la señora ADRIANA ACUÑA BOCAREJO no había presentado a esa empresa el certificado médico de que trata el numeral 3 del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, ni documento alguno en el que constara la fecha probable de parto, ni de inicio de maternidad. Solo con la notificación de la presente acción de tutela, esa sociedad se enteró de la fecha probable de parto.

Que no procede el pago de salarios reclamados ya que la accionante se encuentra en licencia de maternidad, y las prestaciones sociales se cancelan en los términos ordenados por la legislación laboral, por lo que no es oportuna su reclamación a través de la acción de tutela.

Finalmente, solicitó “negar por improcedente” la acción de tutela toda vez que, tal como se colige de los hechos, documentos y fundamentos jurídicos de la respuesta a la presente acción, no hay derecho fundamental vulnerado o amenazado.

De otra parte, solicitó a esta dependencia judicial requerir a la señora ACUÑA BOCAREJO a fin de que allegara las licencias que tuviera en su poder, a efectos de dar trámite a las mismas.

3.8. *Con auto de fecha 18 de mayo de 2020, y ante la solicitud elevada por la compañía FEDCO S.A., este Despacho procedió a requerir a la accionante que remitiera a empresa el original de las licencias otorgadas de por la E.P.S. SANITAS; y en caso de que estuviera disfrutando de la licencia de maternidad posparto también la enviara.*

4. Pruebas.

*Como pruebas **relevantes** obrantes en el expediente, se relacionan las siguientes:*

- Fotocopia del certificado médico N°2758300 de fecha 23 de abril de 2020, expedido por el médico general de la UAP Santa Barbara, en el que se certificó la asistencia al control prenatal de la señora ADRIANA ACUÑA BOCAREJO.

- Fotocopia de la “incapacidad - Licencia Preparto” N°4497898 de fecha 23 de abril de 2020, expedida por el médico general de la UAP Santa Barbara, en la que

se indica: “(...) Paciente con Edad gestacional: 37.1 Semanas. Fecha probable de parto: 13/05/2020, paciente desea previamente tomar antes del parto 1 Semana(s) de la licencia de maternidad. Fecha de inicio:06/05/2020 (...)”

- Pantallazo de la comunicación de fecha 13 de abril de 2020, suscrita por la directora Desarrollo Corporativo de FEDCO y dirigida a sus trabajadores, informándoles que en atención a la ampliación de las medidas de aislamiento preventivo obligatorio en todo el territorio nacional ordenadas por el Gobierno mediante Decreto 531 del 8 de abril de 2020, que impedían el desarrollo de la actividad económica de esa empresa en los establecimientos de comercio, se veían en la necesidad de suspender los contratos laborales por fuerza mayor, del 26 de abril de 2020, o hasta la fecha en que el Gobierno autorizara la normalización de actividades en el territorio nacional, y en especial, de aquellas que permitieran desarrollar su objeto social. Sin embargo, que durante el periodo de suspensión, esa sociedad acataría las disposiciones establecidas en el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo.

- Pantallazo del correo electrónico de fecha 22 de abril de 2020, enviado por la señora ADRIANA ACUÑA BOCAREJO al buzón de Sandra Magaly Lozano Modera, directora Desarrollo Corporativo de FEDCO, en cuyo asunto se señala “(...) Comunicado informando la inconformidad de la suspensión (Empleada) (...)”. Y a reglón seguido se indica: “(...) Por medio del presente comunicado me permito informar que indagando sobre la suspensión de contratos por fuerza mayor emitida por la compañía, me indican que el estado tiene en protección a poblaciones especiales como son las mujeres gestantes que sería mi caso. Así mismo el ministerio de trabajo me indica el número de los artículos que me acogen, ya que como me manifestaron priman los derechos de los niños aun así se encuentren en el vientre ya que se debe garantizar en mínimo vital (...)”

- Pantallazo de la respuesta de fecha 4 de mayo de 2020, remitida vía correo electrónico por parte de la compañía FEDCO a la accionante, en la cual se señaló “(...) Nos permitimos comunicarle que compartimos la información recibida por usted por parte del Ministerio del Trabajo y respetamos en su totalidad los artículos de la Carta Fundamental por usted mencionados en su escrito. Igualmente le reiteramos, que conforme a lo autorizado por el numeral 1 del artículo 52 del Código Sustantivo del Trabajo, la empresa tomó la decisión de suspender su contrato de trabajo con base en razones objetivas que impiden, por disposición gubernamental no solo que sus actividades se puedan ejecutar en su momento, lo cual es

plenamente demostrable, sino que usted se desplace de su sitio de residencia precisamente por las condiciones de gestación en que se encuentra, aclarándole además que lamentablemente no existe ninguna tarea que usted pueda desarrollar a través de teletrabajo que permita no solo la normal ejecución de su contrato, sino que a través de dicho trabajo la empresa pudiera generar algún ingreso que le permitiera asumir pago de obligaciones de naturaleza laboral. Por último, le recordamos que su seguridad social se encuentra al día en sus pagos, precisamente para garantizarle no solo el acceso a su derecho fundamental a la salud, sino a su mínimo vital. La empresa no cuenta con otra opción que permita la vigencia de su contrato de trabajo (...)"

- *Copia de la autorización de incapacidad o licencia N°56329749, expedida el 6 de mayo de 2020 por la E.P.S SANITAS, a través de la cual se le otorga a la señora ADRIANA ACUÑA BOCAREJO una licencia preparto por 7 días, del 6 al 12 de mayo de 2020.*

- *Copia del certificado de aportes extraído de la página web "aportes en línea" y con fecha de expedición del 15 mayo de 2020, en el que consta el resumen de los aportes al Sistema de Seguridad Social tanto a E.P.S como A.F.P, efectuados por FEDCO S.A a nombre de la accionante ADRIANA ACUÑA BOCAREJO, desde el 11 de diciembre de 2019 al 13 de mayo de 2020.*

- *Constancia del 14 de mayo de 2020, a través de la cual el profesional universitario de este juzgado dejó anotado que al comunicarse con la señora ACUÑA BOCAREJO, esta le manifestó que la fecha de parto había sido postergada por su E.P.S SANITAS para el siguiente 18 de mayo, sin que existiera documento alguno que soportara ello. Adicionalmente, que desde la suspensión de su contrato no había sido incapacitada, ni disfrutaba de licencia de maternidad.*

- *Comprobante de pago de fecha 15 de mayo de 2020 expedido por FEDCO S.A. EN REORGANIZACIÓN, en el que se detalla los 15 días que le fueron cancelados a la señora ADRIANA ACUÑA BOCAREJO por concepto de licencia preparto por valor de \$472.203.*

- *Comprobante generado por la página web bbvanetcash.com.co, de la transferencia electrónica por \$472.203, realizada a la cuenta de nómina de la señora ADRIANA ACUÑA BOCAREJO en BBVA.*

- Copia de la Licencia de maternidad postparto otorgada el día 18 de mayo de 2020 por la Clínica Juan Corpas a nombre de la señora ADRIANA ACUÑA BOCAREJO, por el periodo comprendido entre el 17 de mayo al 19 de septiembre de 2020.

- Constancia de fecha 18 de mayo del presente año suscrita por la Profesional Universitario del Juzgado, donde se consigna que en cumplimiento a lo ordenado en providencia de la misma fecha, procedió a comunicarse con la señora ADRIANA ACUÑA BOCAREJO, quien le informó que tenía el original de la licencia preparto que le había sido otorgada en el último control prenatal realizado del 23 de abril de 2020, sin embargo, que esta no fue entregada a su empleador. De otra parte, indicó que revisada su cuenta bancaria le aparecía consignado el valor de \$472.000 por concepto de la licencia preparto. Asimismo, que desde el 17 de mayo se encontraba disfrutando de la licencia de maternidad postparto.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, es competente este Despacho Judicial para conocer de la presente acción de tutela.

La acción de tutela fue instituida en el artículo 86 de la Constitución Política, con la finalidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en la forma señalada por la ley.

No obstante lo anterior, la acción de tutela, conforme se ha reiterado, no es un mecanismo capaz de reemplazar las actuaciones rituales preestablecidas, como que tampoco las desplaza, sino que se trata, por el contrario, y en razón de su naturaleza misma, de una actuación residual, precisamente cuando los afectados estén desprovistos de cualquier otro medio de defensa judicial.

Este remedio extraordinario de protección de los derechos fundamentales de rango de constitucional tiene operancia mediante un procedimiento preferente y sumario, con la intervención del aparato jurisdiccional a través de cuyos pronunciamientos deben tomarse las medidas necesarias para su efectiva protección.

2. Problema jurídico.

En el sub lite se presentan dos problemas jurídicos:

(i) Establecer si es procedente o nó la acción de tutela para dejar sin efectos la suspensión de un contrato laboral y ordenar el pago de los salarios y prestaciones sociales no percibidos.

(ii) Determinar si las accionadas han transgredido los derechos fundamentales al trabajo, igualdad, mínimo vital, seguridad social y estabilidad laboral reforzada de la accionante, al, presuntamente, haberle negado el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad pre-parto.

2.1. De la improcedencia de la acción de tutela.

El artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, establece cuáles son las causales de improcedencia de la tutela, de la siguiente manera:

“(...) La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.

3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

(...)” – Negrillas fuera de texto -

Así, es claro que la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la trasgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho. Es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias, en que por carencia de previsiones normativas

específicas, el afectado queda sujeto -de no ser por la acción de tutela- a una clara indefensión frente a los actos y omisiones de quien lesiona un derecho fundamental. De ahí que la tutela no es procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable al actor.

En la sentencia SU-355 de 2015¹, la Corte Constitucional unificó el requisito de la subsidiariedad de la tutela, formulando dos sub reglas, a saber: (i) regla de exclusión de procedencia y, (ii) regla de procedencia transitoria. La primera subregla puede presentar dos facetas; por una parte, se hace referencia a que la acción de amparo es improcedente cuando el accionante cuente con otros mecanismos judiciales e idóneos para la protección de sus derechos, y por otra, que es procedente en forma definitiva ante la inexistencia de tales mecanismos. La segunda presupone la existencia de los mecanismos ordinarios, empero, por la situación particular en que se encuentra la parte actora y en aras de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, el juez constitucional debe conceder el amparo de forma transitoria, hasta tanto la autoridad competente se pronuncie de forma definitiva sobre el asunto.

2.2. De los derechos que se estiman vulnerados.

2.2.1. Derecho al trabajo.

El derecho fundamental al trabajo consagrado en el artículo 25 de la Constitución Política, y desarrollado por el derecho internacional por la OIT a través de múltiples convenios, según lo ha indicado la Corte Constitucional, comporta un núcleo esencial, que al igual que los demás derechos fundamentales, no puede ser desconocido. Sin embargo, no todas las prerrogativas que de él se derivan pueden ser protegidas a través de la acción de tutela, pues este derecho se desarrolla en un contexto demasiado amplio¹⁴; de allí que situaciones como la “facultad de ocupar determinados puestos o cargos públicos, de estar vinculada una persona a una entidad, empresa u organización definidas o de cumplir funciones en un lugar específico”¹⁵, no hagan parte de ese núcleo, y por ende, no pueden ser protegidas por este mecanismo.

En lo que respecta a la protección del núcleo fundamental de este derecho fundamental, la Corte Constitucional ha reseñado:

¹ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia del 11 de junio de 2015, Mp. Mauricio González Cuervo.

“(…)

Una derivación del derecho al trabajo podría convertirse en parte esencial del mismo derecho, cuando concurren, a lo menos, varios elementos, como son la conexidad necesaria con el núcleo esencial del derecho en un caso concreto, la inminencia de un perjuicio si se desconoce el hecho, merecimiento objetivo para acceder al oficio o para ejercerlo, la necesidad evidente de realizarlo como única oportunidad para el sujeto. Si se confunde el derecho fundamental con los derivados del mismo, se daría el caso de que todo lo que atañe a la vida en sociedad sería considerado como derecho fundamental, lo cual es insostenible.

(…)

El derecho al trabajo, al ser reconocido como fundamental, exige la protección a su núcleo esencial, pero no la trae consigo la facultad de obtener una vinculación concreta, porque ésta también puede constituir una legítima expectativa de otros, con igual derecho. Así, pues, en aras del derecho a la igualdad, no hay que proceder contra los intereses ajenos, sino en concordancia con ellos, de suerte que se realice el orden social justo, es decir, la armonía de los derechos entre sí.

Así las cosas, debe entenderse que el derecho al trabajo no consiste en la pretensión incondicional de ejercer un oficio o cargo específico, en un lugar determinado por el arbitrio absoluto del sujeto, sino en la facultad, in genere, de desarrollar una labor remunerada en un espacio y tiempo indeterminados.

(…)”.

2.2.2 Derecho a la igualdad.

El concepto de igualdad, desde los tiempos de la República Griega, ha estado asociado al de justicia. Así, por ejemplo, Aristóteles en su obra “Ética a Nicómaco”, luego de ligar, de manera amplia, la igualdad con la justicia y la desigualdad con la injusticia, propone una fórmula para determinar cuándo un trato desigual no es necesariamente injusto, la cual es tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales⁹.

Más adelante, el concepto de igualdad se concretó, de manera inicial y formal, en las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII, que profundamente influenciadas por las teorías del derecho natural racionalista, concibieron que todos los ciudadanos eran iguales ante la Ley. Este principio fue uno de los pilares de los Estados liberales venideros¹⁰.

En nuestro actual Estado Social de Derecho, vigente desde 1991, se ha estimado que la igualdad puede ser entendida desde tres dimensiones; (i) objetiva, que la define como un principio (igualdad ante la Ley)¹¹, (ii) subjetiva, que la concibe como derecho fundamental (igualdad en la Ley)¹², y, (iii) como valor, estableciendo los fines esenciales del Estado (preámbulo de la Constitución).

Asimismo, el principio de igualdad se concreta en cuatro niveles, a saber¹³: (a) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas (b) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas

situaciones no compartan ningún elemento común, (c) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias, y, (d) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

2.2.3 Del derecho al mínimo vital.

El derecho al mínimo vital, si bien no se encuentra literalmente consignado en la lista de derechos que consagra la Constitución Política, lo cierto es que el mismo ingresó a nuestro ordenamiento jurídico por interpretación de la Corte Constitucional, que valiéndose de la denominada “cláusula de derecho innominados”, contenida en el artículo 94 Superior, la cual prescribe que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Carta y los convenios internacionales, no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en la Constitución, le otorgó la connotación de derecho fundamental.

El mínimo vital ha sido definido por la Corte Constitucional como “un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna”.¹

La Corte Constitucional se ha referido al contenido del mínimo vital, como “(...) los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y su familia, no solamente en lo relativo a la alimentación y vestuario sino en lo referente a la salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto a factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponde a las necesidades más elementales del ser humano (...)”²; definición que fue reiterada en sentencia de unificación, al conceptuar que “(...)constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios

públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional (...)³.

2.2.4 Derecho a la Seguridad Social.

Respecto del derecho a la seguridad social, consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, debe decirse que si bien se encuentra enlistado dentro de los DESC (Derechos Económicos, Sociales y Culturales), los cuales son naturaleza prestacional, y su exigibilidad no puede ser inmediata a través de la acción de tutela, sino que su aplicación es progresiva por parte del Estado, lo cierto es que la Corte Constitucional ha reconocido su raigambre iusfundamental, pues es irrenunciable y el Estado debe garantizarlo a todos los habitantes.

La Corte Constitucional en desarrollo del derecho fundamental a la seguridad social, en sentencia del 1° de febrero de 2012¹⁶, señaló: “(...)

El derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos.

(...)”

2.2.5. Derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en embarazo

El artículo 43 de la Constitución Política establece la protección constitucional del derecho a la estabilidad laboral en el empleo durante el embarazo y después del parto.

Por su parte, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo establece que toda trabajadora tiene derecho a una licencia de 18 semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. A su vez, el artículo 239 ibidem, 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.

A su turno, el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo impone la carga al empleador de acudir al inspector del trabajo antes de proceder al despido de una mujer durante el periodo de embarazo o de lactancia. Finalmente, el artículo 241 ejusdem dispone que no producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en período de licencia de maternidad o lactancia.

La Corte Constitucional ha venido edificando la jurisprudencia frente a la protección de la maternidad y a través de esta, ha reconocido a la mujer en estado de embarazo un trato preferente, debido a su condición de sujeto de especial protección, así como la necesidad de velar por la garantía de los derechos de la persona que está por nacer o el recién nacido. Los presupuestos esenciales que ha determinado la Corte para el fuero de maternidad son: (i) la existencia de una relación laboral o de prestación de servicios; y que (ii) en vigencia de la citada relación laboral o de prestación, se encuentre en embarazo o dentro de los tres (3) meses siguientes al parto. Asimismo, el alcance de esta prerrogativa se debe determinar a partir de: (i) el conocimiento del empleador y (ii) la alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.

2.3. De la Licencia de Maternidad.

El artículo 53 de la Constitución prevé como uno de los principios fundamentales en materia laboral la protección especial de la mujer y la maternidad.

*Por su parte, la **Ley 1822 de 2017** “Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones”, modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece a favor de la madre y de su hijo recién nacido una prestación económica denominada licencia de maternidad, disponiendo:*

“(…)

Artículo 1º. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

- a) El estado de embarazo de la trabajadora;
- b) La indicación del día probable del parto, y
- c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuáles serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, la licencia se ampliará en dos (2) semanas más.

6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomarla semana previa al parto, podrá disfrutarlas dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.

b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo a lo previsto en el literal anterior.

Parágrafo 1°. De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce en caso de que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este artículo, es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma.

(...)" . Negrilla y subrayado fuera de texto-

*A su turno el **Decreto 19 de 2012** "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.", establece:*

“(…)

ARTÍCULO 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD.

El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.

(…)” – Negrilla y subrayado fuera de texto-

Asimismo, el Decreto 780 del 6 de mayo de 2016 señaló lo siguiente respecto a los requisitos que se deben cumplir para el reconocimiento de la licencia de maternidad:

“(…)

Artículo 2.1.13.1. Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes **se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.**

En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC.

(…)”- Negrillas fuera de texto -

*De lo anterior se evidencia que para que una mujer en gestación tenga derecho al reconocimiento y pago de la **licencia de maternidad**, debe haber realizado aportes en salud durante los meses que corresponden al periodo de gestación. Esta licencia tendrá una duración de 18 semanas. Asimismo, para la **licencia preparto** se requiere demostrar el estado de gravidez; indicar la fecha probable de parto y señalar el día desde el cual debe iniciar, lo cual tiene que ser “(…) por lo menos (…) dos semanas antes del parto (…)”.*

3. Caso concreto.

3.1. De la procedibilidad de la acción de tutela para dejar sin efectos la suspensión de un contrato.

En el presente caso la accionante ADRIANA ACUÑA BOCAREJO, solicita el restablecimiento de todas las condiciones y prerrogativas laborales con el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, en razón a que le fue suspendido su contrato de trabajo a término indefinido por la empresa FEDCO S.A., sin otorgarle las alternativas de teletrabajo o de licencia preparto, ante la imposibilidad de asistir al lugar de trabajo de manera presencial, debido a las medidas sanitarias adoptadas por la pandemia del COVID 19 y su estado de embarazo. Situación que considera trasgrede sus derechos fundamentales al trabajo, igualdad, mínimo vital, seguridad social y estabilidad laboral reforzada, por FEDCO S.A y el MINISTERIO DE TRABAJO.

Pues bien, de acuerdo con las pruebas aportadas en la presente acción, se establece que la compañía FEDCO S.A. a través de correo electrónico del 13 de abril de 2020 comunicó a sus trabajadores, incluida la señora ADRIANA ACUÑA BOCAREJO, que sus contratos laborales serían suspendidos por fuerza mayor, con ocasión de las medidas de aislamiento obligatorio decretado por el Gobierno Nacional debido a la pandemia del COVID 19, del 14 al 26 de abril de 2020, o hasta que el Gobierno autorizara la normalización de actividades en el territorio nacional, en especial de aquellas que permitan desarrollar su objeto social.

Asimismo, se tiene que mediante correo electrónico remitido el 22 de abril de 2020, la señora ACUÑA BOCAREJO le manifestó a FEDCO su inconformidad por la anterior decisión, aduciendo que con dicha suspensión se estaban desconociendo los artículos 44, 53 y 236 de la Constitución Política. Frente a ello, su empleador le indicó que a pesar de que respetaba lo establecido en la Constitución, la decisión de suspender su contrato se mantenía. Sin embargo, le aclaró que sus aportes parafiscales se continuarían realizando para efectos de garantizar sus derechos a la salud y mínimo vital.

Como se puede apreciar, la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, diferente a la tutela, para buscar el restablecimiento de sus condiciones laborales y obtener el pago de los salarios dejados de percibir, ya que puede acudir al proceso ordinario laboral consagrado en el Capítulo XIV del Código Procesal del Trabajo (Decreto – Ley 2158 de 1948). Esto es así porque la

controversia gira en torno a la suspensión del contrato de trabajo y la jurisdicción ordinaria laboral está instituida, entre otras cosas, para conocer “(...) **Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.** (...)”².

Ahora, como se indicó ut supra, la mera existencia de mecanismos ordinarios, por sí misma, no torna improcedente la acción de tutela. Por tal razón, el Despacho analizará si en el presente caso se reúnen los presupuestos que tornen procedente la tutela de manera excepcional.

(i) De la idoneidad y oportunidad de los medios ordinarios existente.

De acuerdo a lo reseñado en precedencia, resulta claro que la accionante tiene a su alcance otro medio de defensa judicial, diferente a la acción de tutela, para lograr la satisfacción de las pretensiones relativas a la continuidad de su contrato de trabajo y el pago de los salarios, pues puede acudir ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral. Este constituye una vía adecuada, efectiva y eficiente para obtener el amparo de los derechos que considera vulnerados, pues dentro de esa actuación puede allegar y solicitar las pruebas que considerara necesarias para demostrar su dicho y solicitar las medidas cautelares que estime pertinentes.

Cabe resaltar que la vía judicial es el espacio legal idóneo para llevar a cabo un debate probatorio adecuado y así determinar si a la señora ACUÑA BOCAREJO le asiste o no el derecho reclamado, contando el juez natural tanto con las pruebas que sustentan los dichos de las partes para proferir una decisión ajustada a derecho. Situación contraria a la que se presenta en este mecanismo residual y sumario, donde resulta insuficiente, por el trámite perentorio del mismo, contar con un debate probatorio exhaustivo que permita establecer la verdadera situación fáctica y jurídica del caso bajo estudio.

En síntesis, la señora ADRIANA ACUÑA BOCAREJO cuenta con otro mecanismo judicial adecuado e idóneo para lograr la protección de sus derechos fundamentales, el cual puede ejercer ante la jurisdicción ordinaria laboral el cual es idóneo y eficaz.

² Numeral 1º, artículo 2º, Código Procesal del Trabajo.

(ii) De la hipotética existencia de un perjuicio irremediable, que haga procedente la acción de tutela de manera excepcional.

La Corte Constitucional³ ha sido reiterativa al indicar que no es viable invocar que se causa un perjuicio irremediable, cuando no se ha hecho uso de los mecanismos ordinarios de protección. Sobre este punto la citada corporación señaló:

“(…)

es pertinente señalar que no es dable invocar un perjuicio irremediable por quien teniendo a su disposición mecanismos ordinarios de protección no los utiliza o que pudiendo evitarlo los deja caducar, como claramente lo señaló esta Corporación en la Sentencia SU-111 de 1997. En esa ocasión dijo la Corte:

“Si existiendo el medio judicial, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que su acción caduque, no podrá más tarde apelar a la acción de tutela para exigir el reconocimiento o respeto de un derecho suyo. En este caso, tampoco la acción de tutela podría hacerse valer como mecanismo transitorio, pues esta modalidad procesal se subordina a un medio judicial ordinario que sirva de cauce para resolver de manera definitiva el agravio o lesión constitucional.

(…)”

Respecto a la configuración de un perjuicio irremediable, ha de recordarse que este ocurre cuando existe “(…) la posibilidad cierta y próxima de un daño irreversible frente al cual la decisión judicial ordinaria que resuelva el litigio pudiera resultar tardía (…)”⁴.

La Corte Constitucional⁵ ha establecido que la existencia de un perjuicio irremediable se debe analizar desde la óptica de cuatro elementos, relacionados directamente con la medida a adoptar. Estos elementos son (i) la urgencia⁶, (ii) la inminencia⁷, (iii) la gravedad⁸ y la (iv) impostergabilidad⁹.

³ Sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ Sentencia T-545 de 1998, de la Corte Constitucional.

⁵ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-225 del 15 de junio de 1993, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa

⁶ Ibídem. “(…) se presenta cuando existe una situación “que amenaza o está por suceder prontamente”, y se caracteriza porque el daño se puede desarrollar en un corto plazo, lo que impone la necesidad de tomar medidas rápidas y eficaces con el propósito de evitar la afectación de los derechos fundamentales de quien solicita la protección (…)”

⁷ Ibídem. “(…) se identifica cuando en el caso se evidencia la necesidad apremiante de algo que resulta indispensable y sin lo cual se ven amenazadas prerrogativas constitucionales, lo que lleva a que se ejecute una orden pronto para evitar el daño. (…)”

⁸ Ibídem. “(…) se identifica cuando la afectación o la vulneración de los derechos fundamentales del peticionario es enorme y le ocasiona un detrimento en proporción similar y se reconoce por la importancia que el ordenamiento legal le concede a ciertos bienes jurídicos bajo su protección. (…)”

⁹ Ibídem. “(…) se determina dependiendo de la urgencia y de la gravedad de las circunstancias del caso concreto, criterios que llevan a que el amparo sea oportuno, pues si se posterga, existe el riesgo de que sea ineficaz (…)”

En el sub lite, no se evidencia que se presenten ninguno de los elementos previamente descritos, pues, aunque se enuncian como transgredidos los derechos fundamentales al trabajo, igualdad, mínimo vital, seguridad social y estabilidad reforzada, lo cierto es que de los hechos afirmados en libelo de la demanda y de las pruebas allegadas al plenario, no se puede inferir un daño que está por suceder (urgencia), el cual sea necesario conjurar para garantizar tales derechos (inminencia), o que posea una gran magnitud (gravedad), cuya protección se torne imperativa a través de la acción de tutela (impostergabilidad).

Nótese que en acatamiento de la medida provisional decretada por este despacho, FEDCO S.A. y la EPS SANITAS procedieron a dar trámite a la licencia preparto otorgada del 6 al 12 de mayo de 2020, prorrogada del 13 al 16 del mismo mes y año, cuyo pago se efectuó por el empleador a la cuenta bancaria de la accionante, tal como está última lo corroboró en la comunicación telefónica sostenida con la Profesional Universitario de este Juzgado, a quien además para la fecha de proferirse esta sentencia ya se le reconoció la licencia de maternidad posparto. En tales condiciones, se puede concluir que en el presente caso no existe un perjuicio irremediable que haga viable la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Por lo tanto, el amparo constitucional invocado, además de resultar improcedente de manera definitiva para controvertir lo relativo a la legalidad de la suspensión del contrato el consecuencial pago de salarios y prestaciones, tampoco procede como mecanismo transitorio. Lo primero por cuanto la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial idóneo, eficaz y eficiente, al cual puede acudir para la reclamación de sus pretensiones derivadas del contrato, y lo segundo, porque, no es dable al juez de tutela configurar un perjuicio irremediable que no tenga ocurrencia, como sucede en este caso.

*Así las cosas, en el caso bajo estudio se torna obligatorio por las razones expuestas en precedencia **declarar improcedente** la acción de tutela incoada por la señora ADRIANA ACUÑA BOCAREJO, respecto a la pretensión del restablecimiento del contrato laboral y el reintegro pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, desde el momento de la suspensión del mismo.*

3.2. De la presunta transgresión o amenaza de los derechos fundamentales invocados por la accionante por el no pago de la licencia de maternidad pre parto.

Para resolver este planteamiento, es importante recordar que la licencia de maternidad es una medida de protección a favor de la madre, del menor recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido, siempre que cumplan con los requisitos establecidos para su reconocimiento.

Asimismo, la legislación laboral otorga a la madre gestante la posibilidad de hacer uso de la licencia de maternidad preparto, la cual consiste en el otorgamiento de una semana antes de la fecha probable de parto, o de 2 semanas en caso de que se requiera una adicional. Posteriormente, y una vez se produzca el parto, se concederá la licencia de maternidad posparto la cual tiene un término de 16 a 18 semanas.

*A su vez, el artículo 121 del Decreto 19 de 2012 señala como único requisito para el reconocimiento de la licencia de maternidad, que la afiliada o **trabajadora dé a conocer a su empleador la existencia de la incapacidad o licencia**, para que sea tramitada directamente por este último ante la entidad promotora de salud correspondiente, razón por la cual, su pago depende de que la beneficiaria del derecho, cumpla con el deber de informar sobre la expedición de la referida licencia, pues de lo contrario la trabajadora incurriría en una omisión que conllevaría al pago tardío de la misma, o en su defecto, al no reconocimiento de esta.*

Descendiendo al caso de marras, y conforme a las pruebas recaudadas en el trámite de esta acción, quedo demostrado que la señora ADRIANA ACUÑA BOCAREJO fue contratada por la compañía FEDCO S.A., como analista de gestión humana. Asimismo, que se encontraba en estado de embarazo con 37.1 semanas de gestación, con fecha probable de parto para el 13 de mayo de 2020, conforme al certificado médico N°2758300 de fecha 23 de abril de 2020.

Está probado que la accionante asistió el día 23 de abril del presente año a un control prenatal, en el cual el médico general de la UAP Santa Barbara expidió la licencia preparto N°4497898, cuyo disfrute empezaría a correr una semana antes de la fecha probable de parto, esto es, del 6 al 12 de mayo de 2020

Igualmente, según lo manifestado tanto por la propia actora como por FEDCO en la contestación de la tutela, se tiene que pese a existir la anterior licencia preparto N°4497898, la misma no fue tramitada por la actora, pues nunca la reportó a su empleador, ni a la E.P.S. SANITAS. Situación que también fue corroborada por esa E.P.S al momento de dar respuesta a la acción de tutela, pues señaló que desconocía completamente de dicha licencia, dado que no había sido radicada ante esa entidad por su empleador o la usuaria. No obstante ello, con ocasión de la presente tutela, esa E.P.S. expidió y autorizó otra licencia preparto en favor de la señora ADRIANA ACUÑA BOCAREJO, bajo el número 56329749, por el periodo del 6 al 12 de mayo de 2020.

También se tiene que en virtud de la medida provisional decretada el 14 de mayo por este juzgado, FEDCO pagó a la accionante la licencia preparto junto con su prórroga, por el periodo que iba del 6 al 16 de mayo de 2020, a través de transferencia electrónica por valor de \$472.000 a la cuenta de nómina de la señora ACUÑA BOCAREJO, adjuntando el soporte documental que da cuenta de ello. Esto fue reafirmado por la propia tutelante al Juzgado, tal como se desprende de lo anotado en la constancia del 18 de mayo de 2020, obrante en el expediente.

*Adicionalmente, se arrimó al plenario fotocopia de la licencia de maternidad postparto expedida el 18 de mayo de 2020 por la clínica Juan Corpas a nombre de la señora ADRIANA ACUÑA BOCAREJO, cuya fecha de inicio data desde del **17 de mayo hasta el 19 de septiembre de 2020.***

De acuerdo con lo reseñado en precedencia, se puede colegir sin ninguna duda que las accionadas no han transgredido ningún derecho fundamental de la accionante, por las siguientes razones:

(i) En primer lugar, se debe recordar que conforme a lo estipulado en el artículo 236 del Código Sustantivo del trabajo, para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad preparto, la trabajadora debe presentar ante el empleador un certificado médico en el cual debe constar: a) el estado de embarazo de la trabajadora; b) la indicación del día probable del parto, y c) la indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos,

ha de iniciarse dos semanas antes del parto. Circunstancia que a todas luces no acaeció en la presente acción constitucional, toda vez que la licencia preparto expedida el 23 de abril de 2020, nunca fue allegada por la señora ACUÑA BOCAREJO a su empresa FEDCO. S.A, para su respectivo trámite ante la E.P.S SANITAS. Por el contrario, solo hasta la interposición de la tutela tanto FEDCO como la referida E.P.S conocieron de la existencia de la misma, procediendo esta última a expedir y autorizar otra licencia para el mismo periodo que inicialmente se le había concedido con número de orden y anterior.

(ii) En segundo lugar, es evidente que el mínimo vital de la accionante se encuentra garantizado, de una parte, porque atendiendo a las nuevas licencias preparto expedidas por SANITAS, la empresa FEDCO S.A. el día 18 de mayo de 2020 efectuó el pago de estas, a través de transferencia electrónica a la cuenta de la señora ACUÑA BOCAREJO por el valor correspondiente a 10 días, pues no solo pago la licencia del 6 al 12 de mayo, sino que también reconoció el valor de la prórroga generada en virtud de la medida provisional decretada por este despacho. De otra parte, porque la tutelante se encuentra gozando de la licencia de maternidad posparto reconocida por el periodo comprendido entre el 17 de mayo y el 19 de septiembre de 2020, la cual debe ser tramitada por su empleador a quien por ley le corresponde asumir el pago, y solicitar posteriormente el reembolso, con lo cual se garantiza plenamente los derechos de la madre lactante y su hijo.

En síntesis, se concluye que ninguna de las accionadas ha transgredido o amenazado los derechos fundamentales de la accionante, debido a que: (1) la señora ACUÑA BOCAREJO no informó a FEDCO S.A. ni a la E.P.S. SANITAS, sobre la licencia preparto que le fue concedida por su médico tratante el 23 de abril de 2020, pues esas accionadas se enteraron de la existencia de la misma con ocasión de la presente tutela. (2) La sociedad FEDCO pagó a la señora ACUÑA la licencia preparto, junto con su prórroga, por el periodo comprendido entre el 6 y el 16 de mayo de 2020, y actualmente, la actora se encuentra disfrutando de la licencia de maternidad posparto, cuyo trámite asumió FEDCO, mediante requerimiento formulado a la accionante, por intermedio a este despacho para que allegara el original de la licencia de maternidad ante esa empresa.

En consecuencia, ante la inexistencia de vulneración o amenaza a los derechos fundamentales de la señora ADRIANA ACUÑA BOCAREJO por parte de las accionadas y vinculada respecto al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, se denegará el amparo deprecado.

*En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,*

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR improcedente la tutela impetrada por la señora **ADRIANA ACUÑA BOCAREJO**, respecto a las pretensiones encaminadas a restablecer sus condiciones laborales y el pago de los salarios y prestaciones sociales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO. NEGAR la solicitud de amparo de los derechos al trabajo, igualdad, mínimo vital, seguridad social y estabilidad laboral reforzada de la señora **ADRIANA ACUÑA BOCAREJO**, en relación con el al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, por las razones esbozadas en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO. NOTIFICAR esta providencia a las partes en la forma establecida en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, advirtiéndoles que la misma podrá ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, acorde con lo previsto en el artículo 32 ibidem.

CUARTO. ENVIAR junto con la notificación de este fallo, el expediente debidamente digitalizado con el fin de permitir el acceso al mismo y así garantizar los derechos de defensa y contradicción de las partes involucradas.

QUINTO. REMITIR a la Corte Constitucional el expediente para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada esta decisión, dentro del término establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1995.

SEXTO. LIBRAR por Secretaría las comunicaciones respectivas;
DESANOTAR la presente actuación dejando las constancias a que haya lugar y
ARCHIVAR el expediente una vez regrese al juzgado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE;



YANIRA PERDOMO OSUNA
JUEZA