REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil abril (2021)

PROCESO No.: *11001 40 03 006* ***2021 – 00133*** *-01*
ACCIONANTE: *YASMÍN DEL CARMEN RIVAS ALBORNOZ.*
ACCIONADO: *CARU S.A.S.*
VINCULADOS: *MINISTERIO DE TRABAJO y SALUD TOTAL EPS.*

ACCIÓN DE TUTELA -SEGUNDA INSTANCIA

Se decide la impugnación formulada por la parte accionada, contra la sentencia de fecha 10 de marzo de 2021, proferida en el Juzgado Sexto (6º) Civil Municipal de Bogotá, D.C., mediante la cual concedió el amparo deprecado.

ANTECEDENTES

1.- *La parte accionante, obrando en nombre propio, acude a la institución prevista en el Artículo 86 de la Constitución Política, con la finalidad de obtener protección de sus derechos a la Dignidad Humana, Mínimo Vital, y protección por estabilidad laboral reforzada por encontrarse en estado de embarazo.*

2.- *En apoyo de su acción plantea la situación fáctica, que seguidamente se compendia:*

2.1.- *Indicó que empezó a trabajar para la accionada desde el 4 de agosto de 2020, vinculada por contrato verbal, con una jornada laboral de 9:00 a.m. hasta las 6:00 p.m. y que estuvo afiliada a seguridad social. Añadió que el 11 de diciembre de 2020, comunicó a su jefe inmediata, señora María del Carmen Uribe de manera verbal que se encontraba embarazada y que tendría que asistir a una cita médica. Señaló que por dicho motivo no se presentó a laborar el día 14 de diciembre de 2020, ni la mañana del día 15 de diciembre del mismo año.*

2.2.- *Agregó que el 16 de diciembre de 2020 asistió a trabajar y a las 5:30 p.m. se le comunicó que se terminaba su contrato laboral. Sin embargo, añade que el día 23 de diciembre de 2020 mediante la aplicación "WhatsApp" su empleador la citó a rendir descargos, para el día 28 del mismo mes y año, fecha en la cual asistió de manera puntual pero no fue atendida.*

2.3.- *Por último, informó que los días 18 y 22 de enero de 2021 se le requirió para que aportara documentos médicos y justificara sus ausencias al lugar de trabajo; y que el 1º de febrero del año en curso se le dio respuesta a su derecho de petición por parte de la accionada, refiriéndose al pago de salarios, su estado de embarazo, y que permanecía vigente su afiliación al sistema de seguridad social.*

3.- *En el trámite de primera instancia el Juzgado 6º Civil Municipal de Bogotá, D.C., a quien correspondió por reparto la acción, admitió la misma mediante auto del 25 de febrero de 2021, oportunidad en la cual corrió traslado a la accionada, y dispuso la vinculación del Ministerio de Trabajo y de Salud Total EPS.*

3.1.- *La citación a la accionada y a la entidad vinculada se surtió mediante correo electrónico el día 25 de febrero de 2021.*

3.2.- *El Ministerio de Trabajo y Salud Total EPS, alegaron no estar legitimados en la causa por pasiva, por lo que pidieron su desvinculación.*

3.3.- *A su turno, la accionada CARU S.A.S., contestó todos y cada uno de os hechos expuestos en el libelo tutelar, ratificó la existencia de un contrato verbal entre las partes, por lo que se afilió a la accionante al sistema de seguridad social, quien informó verbalmente de su estado de embarazo pero que en su momento no aportó prueba documental o copia de historia clínica donde constara tal situación. Agrega que no es cierta la cancelación del contrato laboral, y que contrario a ello, en múltiples oportunidades se le ha requerido allegar soportes o justificación médica de sus ausencias al trabajo, pues el contrato continúa vigente; y que se le citó a descargos puesto en repetidas ocasiones se observó que la ahora accionante incumple el protocolo de Bioseguridad ante la emergencia sanitaria por COVID-19, y ante la renuencia a aportar la historia clínica prenatal e incapacidades que justifiquen sus reiteradas ausencias a laborar.*

Añadió que el día 28 de diciembre de 2020, fecha en la cual tendrían lugar los descargos citados, la trabajadora solicitó se le permitiera el ingreso de su compañero sentimental con el fin de ser asistida, y que ante la negativa de la empresa de permitir el ingreso de su pareja, la señora RIVAS ALBORNOZ se negó a ingresar, pese a que se le indicó que estaría acompañada de 1 o 2 compañeros de trabajo, y que los descargos son trámite interno de la accionada, hecho que según se informa quedó registrado en las cámaras de seguridad, junto con la inobservancia de las medidas de bioseguridad.

Por último, insistió en que ha conminado en repetidas ocasiones a la trabajadora a que justifique mediante incapacidades médicas o través de la historia clínica que ha asistido a sus controles prenatales con el fin de que justifique sus inasistencias al lugar de trabajo, sin que haya procedido de conformidad; y que a la fecha el contrato laboral continúa vigente, al punto que continua vigente la afiliación y pago de seguridad social a favor de la accionante; puesto que es el Ministerio de Trabajo y la Jurisdicción Ordinaria Laboral las competentes para dirimir el conflicto.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

El Juzgado de primera instancia, a través de sentencia del 10 de marzo de 2021, concedió la acción de tutela; y en síntesis afincó su determinación en

que pese a la subsidiariedad de la acción, la misma procede con el fin de proteger los derechos de la accionante como madre gestante, pues encontró probado que existe un vínculo laboral entre las partes y que la accionante informó de manera verbal su estado de gestión, pese que a que posteriormente no se aportaron documentos ni historia clínica.

Consideró que ante lo anterior, y como está probada la continuidad del vínculo laboral se abre paso a la protección deprecada, pues no le es dable al empleador retener salarios a la accionante, empero, negó las pretensiones encaminadas al pago de la licencia de maternidad, ni tampoco al pago de indemnizaciones solicitadas.

LA IMPUGNACIÓN

Dentro de la oportunidad legal, la accionada, a través de su representante legal, señora María del Carmen Uribe Ruiz, impugnó la decisión del a quo, y como fundamento de su inconformidad expresó que la accionante omitió aportar pruebas documentales que justifiquen sus reiteradas inasistencias al lugar de trabajo, pues no aportó ningún documento, ni la historia clínica que den cuenta de la asistencia a controles prenatales, pues siempre ha contado con afiliación a EPS, y por el contrario esa empresa si aportó pruebas de los requerimientos a la accionante y sus faltas en el trabajo como la inobservancia de las medidas de bioseguridad.

Que no comparte la orden de pago de los salarios de los días no trabajados, puesto que la señora RIVAS ALBORNOZ, no justificó sus inasistencias pese a los requerimientos realizados, dado que el contrato laboral continúa vigente y la accionante se ha negado a ejecutar sus funciones, relacionadas con servicios generales, desde diciembre de 2020.

Finalmente, aduce que como empresa tienen la potestad de obtener información oportuna, clara, y actual sobre el estado de salud y la maternidad de la accionante.

CONSIDERACIONES

Este Juzgado de segunda instancia ostenta competencia para conocer y decidir la presente impugnación de conformidad con las previsiones, no sólo del Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del ejercicio de la acción de tutela, sino del artículo 2.2.3.1.2.1, del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, modificado por el Artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, el cual fijo reglas para el reparto de las acciones de tutela.

En el asunto en concreto, advierte esta instancia que la inconformidad de la impugnante radica en que, no se ha aportado por parte de la trabajadora soportes documentales que den cuenta de su estado de embarazo, puesto

que se informó únicamente de manera verbal, y tampoco copia de la historia clínica que demuestre que ha asistido a los controles prenatales, teniendo en cuenta que el vínculo laboral no ha terminado, y se le ha pagado a la accionante de manera oportuna su seguridad social, con lo cual tiene acceso a los servicios de sus EPS.

En primer lugar, encuentra este Despacho y quedó decantado en el curso de la primera instancia que la relación laboral no fue terminada, al punto que el empleador, contrario a lo afirmado por la accionante, acreditó haber requerido a la señora RIVAS ALBORNOZ a fin de que aportara incapacidades médicas e historia clínica con el fin de explicar sus inasistencias al lugar de trabajo; deber del cual se sustrajo la actora, puesto que no se demostró lo contrario.

Así las cosas, y como la relación laboral no se dio por terminada la relación laboral entre las partes, no encuentra este Despacho que se abra paso a la aplicación de la Sentencia SU 075 de 2018[1], emanada de la H. Corte Constitucional, y a través de la cual, dicha corporación realizó un cambio de precedente en materia de tutela acerca de la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia; puesto que en dicha decisión se analizaron eventos en los que se dio por terminado el nexo laboral, o bien, se despidió a la mujer estado de gestación o en periodo de lactancia, situación que se itera, no ocurre en el sub judice.

Como ya se indicó en el presente asunto no se dio por terminado el contrato verbal de trabajo, pues la pasiva continúo pagando a la accionante los aportes al sistema seguridad social, como lo refieren las Planillas Integradas de Autoliquidación de Aportes, y que corresponde a los archivos denominados "29. Enero 2021", "28. Noviembre 2020", y "28. Diciembre 2020", agregados al presente expediente electrónico y así lo informó en su contestación ante el a quo; situación que se ratifica con los diferentes requerimientos que le fueron realizados a fin de que la señora YASMÍN DEL CARMEN RIVAS ALBORNOZ con miras a que justificara las ausencias e inasistencias al lugar de trabajo, y que no logró desvirtuarse que en efecto se hubiera procedido de conformidad con los requerimientos del empleador, que entre otros medios le fueron realizados a través de correo certificado y de la aplicación WhatsApp.

Así las cosas, y ante la continuidad de la relación laboral, habrá de estudiarse si la acción de tutela procede con miras a ordenar a favor de la accionante el pago de los salarios dejados de percibir o descantados por el empleador, ante las diferentes inasistencias de la accionante al lugar de prestación de los servicios, o lugar de trabajo, y las indemnizaciones, licencias y demás emolumentos que reclama la parte accionante.

Pues bien, debe tenerse en cuenta que conforme al Artículo 86 de la Constitución Nacional, la acción de tutela se constituyó como un mecanismo

[1] Corte Constitucional, Sentencia SU 075 del 24 de julio de 2018. MP Dra. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, vulnera o amenaza tales derechos constitucionales, este mecanismo privilegiado de protección, es, sin embargo, residual y subsidiario.

En armonía con el Artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, sólo procede la acción de tutela cuando ***(i)*** *el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados,* ***(ii)*** *cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, o* ***(iii)*** *cuando existiendo el medio idóneo alternativo de defensa judicial, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.*

En el entendido que es posible promover la tutela como mecanismo transitorio, aun sobre la base de la existencia de otro medio judicial, resulta imprescindible demostrar la ocurrencia de una amenaza o de una agresión actual e inminente que pongan en peligro el derecho fundamental, o lo que es igual, acreditar que el derecho presuntamente afectado se encuentra sometido a un perjuicio irremediable.

En ese contexto, la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos ha considerado que para determinar la irremediabilidad del perjuicio debe tenerse en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura como son: ***(i)*** *la inminencia del daño, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente, entendiendo por amenaza no la simple posibilidad de lesión, sino la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de forma injustificada;* ***(ii)*** *la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad;* ***(iii)*** *la urgencia, que exige por supuesto la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; y* ***(iv)*** *la impostergabilidad de la tutela, es decir, acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales.*

En la Sentencia T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), la Corte Constitucional definió y explicó los elementos configurativos del perjuicio irremediable en el siguiente sentido:

> *"Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:*
>
> *A). El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente,*

pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan (sic) señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio." (Sentencia T-225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

Conforme lo anterior, es claro cómo se indicó que la presente acción resulta improcedente toda vez que el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial, tales como acciones ante la Jurisdicción Ordinaria, especialidad Laboral, con miras a que se disponga allí lo pertinente sobre la legalidad o no del no pago de los días que la accionante no justificó su inasistencia al lugar de trabajo.

En cuanto a la pretensión de pago de licencia de maternidad e indemnización por despido, por cuanto la primera de ellas, debe observarse que esta se causa una vez tenga lugar el nacimiento del hijo de la accionante; y la

segunda por sustracción de materia, dado que como se demostró la relación laboral no ha terminado.

Así mismo, no se encuentra probada la existencia de un perjuicio irremediable, el cual se presenta en los eventos mencionados en la jurisprudencia transcrita, todo lo cual debe ser debidamente probado por quien lo alega, acreditando claramente las circunstancias que evidencien la urgencia y la gravedad del perjuicio que permitan determinar que la acción de tutela es impostergable y a pesar de existir otro medio de defensa judicial procede como mecanismo transitorio.

Así mismo tampoco se encuentra probado que dicho perjuicio se llegare a causar por el hecho de tener que acudir al juez laboral en busca de la protección de sus garantías legales; puesto que ello no es una carga que no esté obligado a soportar, sino por el contrario es la expresión de los derechos de acción y de acceso a la justicia, acompasado con la existencia de otros mecanismos de defensa, como los ya mencionados, y la subsidiariedad de la acción de tutela.

Por lo expuesto, no puede ahora el accionante pretender a través de este medio excepcional de defensa de los derechos fundamentales, crear una instancia adicional o un procedimiento paralelo a los legalmente establecidos.

Así las cosas, sin necesidad de efectuar más consideraciones y por lo señalado en precedencia, se colige que hay lugar a revocar la determinación adoptada por el fallador de primer grado; para en su lugar, negar la acción de tutela.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR *el fallo de tutela proferido el 10 de marzo de 2021, por el Juzgado Sexto (6º) Civil Municipal de Bogotá, D.C.; por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.*

SEGUNDO: NEGAR *como consecuencia de lo anterior, la acción de tutela interpuesta por YASMÍN DEL CARMEN RIVAS ALBORNOZ contra CARU S.A.S., por los motivos señalados en el cuerpo de esta determinación.*

TERCERO: NOTIFICAR *el presente fallo por el medio más expedito a las partes intervinientes, tal como lo dispone el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.*

CUARTO: REMITIR *esta actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme lo dispuesto por el Artículo 32 del precitado decreto.*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

CONSTANZA ALICIA PIÑEROS VARGAS
JUEZ

JROC

Firmado Por:

CONSTANZA ALICIA PINEROS VARGAS
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 038 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

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

Código de verificación: 2f92c676fa5749469fceea48393c4c961bd65f5e34106f0e264882f444cbffa6
Documento generado en 22/04/2021 01:30:15 PM