



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

Bogotá D. C., seis (6) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

REF: TUTELA No. 110014003-005-2022-00245-00

ACCIONANTE: DIANA MELINA PRADA BONILLA

ACCIONADO: CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez rituado en legal forma el trámite correspondiente.

I. ANTECEDENTES:

1.- HECHOS:

La accionante manifiesta que, el 15 de marzo de 2021 se vinculó con la demandada mediante *“contrato de trabajo a término fijo”*, para desempeñar el cargo de *“médico servicio social obligatorio”*.

Agregó que, el 22 de febrero de 2022 se le *“hizo entrega de carta de terminación de contrato supuestamente por “justa causa”*.”.

Destaca que, el 11 de febrero de 2022 *“por medio de llamada telefónica”* informó a su jefe sobre su estado de embarazo.

Afirma que a la fecha de finalización del contrato no se contaba con autorización del Inspector de Trabajo, lo cual genera la nulidad del despido.

Aduce que el 4 de marzo de 2022, *“el colegio médico colombiano”* le *“niega tarjeta profesional, e inscripción al Rethus por un faltante de 21 días de servicio social obligatorio, ya que Colsubsidio cancelo de forma ilegal y sin consentimiento por parte del inspector de trabajo mi contrato, 21 días antes de finalizarlo”*.

Finalmente, indica que se acercó *“a solicitar una cita médica, con la Dra Patricia Gómez (médico que realiza mis seguimientos desde hace 3 años)”* habiéndosele indicado por dicha profesional que lo debe *“realizar como particular cancelando un valor de \$ 250.000 pesos por cita, ya que mi plan de salud, fue cancelado el día 28 de febrero”*, sin que actualmente cuente con acceso a los servicios de salud con su EPS Famisanar.

2. LA PETICION:

Solicita se amparen sus derechos fundamentales a la dignidad humana, mínimo vital y protección especial por encontrarse en estado de embarazo y, en consecuencia, se ordene a Colsubsidio *“dar por cumplido mi contrato laboral y mi servicio social obligatorio, desde el día 15 -03-2021- hasta el día 14-03-2022 , y de esta manera solicitar mi tarjeta profesional, para poder trabajar como Medico en Colombia, para así garantizar una estabilidad laboral para mí, para mí bebe, y para mi hija de 7 años. Posterior a esto no estoy interesada en continuar trabajando en esta empresa.*

TERCERO: Se ordené el pago todos los salarios, prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de mi desvinculación hasta el día 14 de marzo de 2022. (21 días).

CUARTO: Ordenar a Colsubsidio, me pague la suma equivalente a sesenta (60) DÍAS DE SALARIO como consecuencia del despido injusto sin contar con el permiso del Ministerio del Trabajo, tal como lo establece el artículo 239 CST y de la Ley 1468 de 2011. Y me pague las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que tengo derecho.”

II. SINTESIS PROCESAL:

Por auto de 24 de marzo de 2022, se admitió la acción y se ordenó notificar a la accionada. Igualmente, se dispuso vincular al EPS FAMISANAR, SEGUROS SURA, CENTRO MÉDICO COLSUBSIDIO CHICALÁ, SECRETARÍA DE SALUD DE BOGOTÁ y MINISTERIO DEL TRABAJO, y se les otorgó un plazo de un (1) día para que brindaran una respuesta al amparo.

CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO

Dio contestación a la acción constitucional, oponiéndose y solicitando se niegue por improcedente. En ese sentido indicó que el contrato de trabajo con la promotora se dio por terminado de manera anticipada por justa causa con fundamento en las faltas cometidas por la accionante y se le manifestó que *“en caso desacuerdo con la decisión adoptada por la Corporación podría acudir a la justicia ordinaria y/o escalar su caso a la Coordinación Jurídica del Departamento de Relaciones con el Trabajador”.*

Añadió que la señora Prada no informó del estado de embarazo en vigencia de su contrato, ni al momento en que se le notificó el despido, y que conforme al concepto médico que se solicitó, se desprende que la actora cuenta con 3 semanas de gestación, además, no hay registro claro de la fecha de última regla FUR, por lo que hay indicios de que la señora Prada *“para la fecha en que fue despedida no tenía conocimiento de su estado de gestación”.*

Por último, manifestó que, en caso de concederse el amparo pretendido, se disponga el reintegro de los valores que le fueron cancelados en su liquidación por concepto de prestaciones sociales, vacaciones, etc.

EPS FAMISANAR S.A.S.

En tiempo alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto no tiene vínculo laboral con la accionante, además, manifestó que la accionante se encuentra afiliada en estado activo. Conforme a lo anterior, solicitó su desvinculación en el presente trámite constitucional.

MINISTERIO DEL TRABAJO

Mediante memorial precisa que no está dentro de sus competencias el estudio de las pretensiones del accionante, por lo que, solicita se desvincule de la presente acción constitucional por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Adicionalmente, indicó que la acción de tutela no procede para el reclamo de acreencias laborales.

SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD.

En tiempo se pronunció a los hechos de la tutela, para lo cual indicó que según el examen BHCG, la accionante se encuentra entre 1 a 10 semanas de gestación. Por otro lado, manifestó que las pretensiones van encaminadas a que Colsubsidio garantice su derecho al trabajo, al mínimo vital, estabilidad laboral reforzada y respete su fuero de maternidad de donde se desprende la falta de legitimación en la causa por pasiva.

III. CONSIDERACIONES:

1. LA ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo procederá cuando el no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela, en consecuencia, es viable cuando quiera que un derecho fundamental constitucional se encuentre bajo amenaza o vulneración, situación que deberá ser demostrada, por quien reclama su protección.

Esta teleología, en la mayoría de los casos ha sido mal comprendida, y en perjuicio de la eficacia de la administración de justicia, se acude a la tutela con frecuencia para poner de presente controversias susceptibles de

ventilarse de acuerdo con procedimientos previamente reglados por el legislador.

1.1 Procedencia de la acción contra particulares.

Debe tenerse en cuenta que la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares, es de naturaleza excepcional, tal y como lo ordena el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991; de tal suerte que para que se declare su prosperidad se deben reunir los siguientes requisitos; a saber:

“1. Cuando el accionado preste un servicio público de educación para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Carta Magna.

2. Cuando el accionado preste un servicio público de salud, para proteger los derechos a la vida, la intimidad, la igualdad y la autonomía.

3. Cuando el accionado preste un servicio público domiciliario.

4. Cuando se demuestre la relación de subordinación e indefensión de la accionante frente a la entidad privada accionada.

5. Cuando la accionada viole el derecho consagrado en el artículo 17 de la C. P.

6. Cuando la entidad accionada sea la encargada de resolver una solicitud de habeas corpus.

7. Cuando se solicite rectificación de informaciones erróneas e inexactas.

8. Cuando el particular actúe en ejercicio de funciones públicas.”

1.2 SUBSIDIARIDAD

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, *“debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial”* se *“ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad: (i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo ni eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.* Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de gestación o de lactancia, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el

examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”. (Corte Constitucional sentencia SU-075 de 2018).

1.3 DEL FUERO DE MATERNIDAD.

La misma corporación se ha referido sobre el tópico en comentario, indicando que *“En la actualidad, el fuero de maternidad se encuentra previsto primordialmente en los artículos 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales contienen distintas medidas de protección: (i) El numeral 1° del artículo 239 del CST impone una prohibición general de despido a las mujeres por motivo de embarazo o lactancia y precisa que dicha desvinculación únicamente puede realizarse con “la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa”; (ii) En consonancia con la norma anterior, el artículo 240 del CST dispone que, para que sea legal el despido de una trabajadora durante el período de embarazo “o los tres meses 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. Así mismo, este permiso de desvinculación sólo puede concederse en virtud de una de las justas causas enumeradas en los artículos 62 y 63 del CST. (iii) El numeral 2° del artículo 239 del CST establece una presunción, de conformidad con la cual se entiende que el despido efectuado dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto tuvo como motivo o causa el embarazo o la lactancia. (iv) El numeral 3° del artículo 239 del CST prevé una indemnización por despido sin autorización del Ministerio del Trabajo (o del alcalde municipal según el caso), la cual es independiente de los salarios y prestaciones a los cuales tiene derecho la trabajadora de acuerdo con el contrato de trabajo. (v) El numeral 4° del artículo 239 del CST indica que si la mujer trabajadora no ha disfrutado del descanso remunerado que corresponde a su licencia de maternidad, “tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia”. En otras palabras, cuando por alguna “razón excepcional” exista alguna interrupción total o parcial del período de descanso remunerado al cual tiene derecho, se debe efectuar el pago correspondiente a la licencia de maternidad durante dicho término[161]. (vi) Finalmente, el artículo 241 del CST impone la obligación para el empleador de mantener vinculada a la trabajadora que disfruta de los descansos remunerados contemplados en dicho capítulo (licencia de maternidad, lactancia y descanso remunerado en caso de aborto). Además, sanciona con la ineficacia “el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos”, es decir, en los descansos remunerados anteriormente mencionados. 18. De este modo, la regulación legal del fuero de maternidad contempla varias medidas orientadas a garantizar el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres.”.*

A su vez, frente al tema relacionado con el conocimiento del embarazo por parte del empleador, indica la Corte que:

(i) Cuando el empleador conoce del estado de gestación de la trabajadora, pueden presentarse dos situaciones: a. Que la desvinculación ocurra antes del

vencimiento de la terminación de la obra o labor contratada sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero de maternidad y lactancia consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación. b. Que la desvinculación tenga lugar al vencimiento del contrato y se alegue como una justa causa la terminación de la obra o labor contratada: En este caso el empleador debe acudir antes de la terminación de la obra ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y las 18 semanas posteriores. No obstante, si dicho funcionario establece que no subsisten las causas que originaron el vínculo, se podrá dar por terminado el contrato y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si el empleador no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, valoración que puede efectuarse en sede de tutela. Adicionalmente, para evitar que se desconozca la regla de acudir al inspector de trabajo, si no se cumple este requisito el empleador puede ser sancionado con el pago de los 60 días de salario previsto en el artículo 239 del C.S.T. (ii) Cuando existe duda acerca de si el empleador conoce el estado de gestación de la trabajadora, opera la presunción de despido por razón del embarazo consagrada en el numeral 2 del artículo 239 del CST. No obstante, en todo caso se debe garantizar adecuadamente el derecho de defensa del empleador, pues no hay lugar a responsabilidad objetiva. (ii) **Cuando el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada. Por consiguiente, no se podrá ordenar al empleador que sufrague las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social durante el periodo de gestación, ni que reintegre a la trabajadora desvinculada ni que pague la licencia de maternidad.** Sin perjuicio de lo anterior, con el monto correspondiente a su liquidación, la trabajadora podrá realizar las cotizaciones respectivas, de manera independiente, hasta obtener su derecho a la licencia de maternidad. Así mismo, podrá contar con la protección derivada del subsidio alimentario que otorga el ICBF a las mujeres gestantes y lactantes y afiliarse al Régimen Subsidiado en salud. Así, para la eventual discusión sobre la configuración de la justa causa, se debe acudir ante el juez ordinario laboral. (Sentencia atrás citada).

3.- CASO CONCRETO

1. La convocante, peticona en forma concreta se amparen sus derechos fundamentales al mínimo vital, mínimo vital y la estabilidad laboral reforzada

de la mujer embarazada y, en consecuencia, se ordene a la accionada “*dar por cumplido mi contrato laboral y mi servicio social obligatorio, desde el día 15 -03-2021- hasta el día 14-03-2022 , y de esta manera solicitar mi tarjeta profesional, para poder trabajar como Medico en Colombia, para así garantizar una estabilidad laboral para mí, para mí bebe, y para mi hija de 7 años. Posterior a esto no estoy interesada en continuar trabajando en esta empresa (...) Se ordené el pago todos los salarios, prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de mi desvinculación hasta el día 14 de marzo de 2022. (21 días). (...) Ordenar a Colsubsidio, me pague la suma equivalente a sesenta (60) DÍAS DE SALARIO como consecuencia del despido injusto sin contar con el permiso del Ministerio del Trabajo, tal como lo establece el artículo 239 CST y de la Ley 1468 de 2011. Y me pague las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que tengo derecho.*”

Indica que la afectación de tales garantías se originó en la decisión de la sociedad demandada de dar por terminado su contrato de trabajo sin contar con el permiso del Ministerio del Trabajo, pese a que, asegura, para la época en que ello ocurrió se encontraba cubierta por la garantía del fuero de maternidad.

La sociedad demandada adujo en la contestación que hizo de la acción constitucional que, el contrato de trabajo con la promotora se dio por terminado de manera anticipada por justa causa con fundamento en las faltas cometidas por la accionante y se le manifestó que “*en caso desacuerdo con la decisión adoptada por la Corporación podría acudir a la justicia ordinaria y/o escalar su caso a la Coordinación Jurídica del Departamento de Relaciones con el Trabajador*”.

Añadió que la señora Prada no informó del estado de embarazo en vigencia de su contrato, ni al momento en que se le notificó el despido, y que conforme al concepto médico que se solicitó, se desprende que la actora cuenta con 3 semanas de gestación, además, no hay registro claro de la fecha de última regla FUR, por lo que hay indicios de que la señora Prada “*para la fecha en que fue despedida no tenía conocimiento de su estado de gestación*”.

2. En el caso bajo estudio, conforme los elementos de juicio que obran dentro del expediente de tutela, no se logra establecer que, para el momento en que le fue comunicado a la promotora la terminación del vínculo laboral, el empleador conociera de su estado de embarazo. En efecto, con ese propósito no se allegó medio de convicción alguno. Lo dicho en ese sentido por la quejosa no fue aceptado por la convocada en la respuesta brindada a la acción de tutela, siendo claro que nadie puede transformar en medio de prueba su propio dicho.

Por consiguiente, es claro que la accionante no probó que tiene derecho a recibir la protección reforzada derivada de la maternidad.

Adicionalmente, el Despacho considera que el mecanismo con que cuenta la promotora ante la jurisdicción ordinaria laboral resulta eficaz para la protección de sus derechos fundamentales, mecanismo al cual puede acudir la accionante, especialidad en donde se adelantan los juicios de forma oral y que ha sido fortalecida con la implementación de la ley 1149 de 2007. Puestas de esa forma las cosas, se negará el amparo deprecado.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo constitucional reclamado por **DIANA MELINA PRADA BONILLA**, por lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta decisión a los extremos de la acción por el medio más idóneo o expedito posible.

TERCERO: Si la sentencia no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISIÓN. Oficiese. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,



JUAN CARLOS FONSECA CRISTANCHO
JUEZ