

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL MUNICIPAL

Bogotá D.C., Veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIA: 110014003049 2022 00324 00

Encontrándose agotado el trámite de informe sobre los hechos, defensa y contradicción propios de esta acción constitucional, y dado que no se avizora la existencia de causal de nulidad que afecte lo actuado, el presente Despacho procede a emitir pronunciamiento de fondo.

I. ANTECEDENTES

1. PARTES:

Accionante: Duperly Romero Quevedo.

Accionada: Salud Total EPS y Empresa S.I. MER SAS

2. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LA ACCIÓN

- Describe la accionante que se encontraba trabajando mediante contrato a término indefinido con la empresa S.I. MER desde el 01 de noviembre de 2017 hasta el 26 de abril de 2020, en el cargo de asesora vendedora, que en esa fecha la empresa terminó su contrato argumentando recorte de personal.
- Informa que en el mes de abril de 2020 se enteró mediante una prueba de embarazo que se encontraba en estado de gestación, contando a la fecha de la prueba con 24 de semanas.
- La accionante en el mes de enero de 2022 adelanto los tramites con el fin de que le pagaran la licencia obteniendo como respuesta por parte de la EPS Salud Total la negativa de la misma, debido a que la empresa SI MER no había realizado el pago de seguridad social del mes de noviembre de 2020.

- En reiteradas oportunidades la accionante ha solicitado a la empresa S.I. MER el motivo por el cual le terminaron el contrato de trabajo siendo que tenía pleno conocimiento de su estado de embarazo, sin la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo, lo que aduce que, con dicha actuación, la empresa vulneró la protección especial por su estado de embarazo y el posterior nacimiento de su hijo.

3. OBJETO DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Como pretensiones se proponen las siguientes:

1. Sea tutelado los derechos fundamentales a la calidad de vida, seguridad social vulnerados por parte de Salud Total EPS y la empresa S.I. MER SAS.
2. Como consecuencia, solicita se ordene a S.I. MER SAS (i) el reintegro al cargo en el que estaba en el contrato a término indefinido, (ii) el pago de la indemnización por retiro sin justa causa (iii) el pago de la licencia de maternidad (iv) la afiliación a seguridad social y pague las cotizaciones en salud desde el momento del retiro hasta el momento de mi reintegro y siguientes meses del contrato.
3. Se ordene a SALUD TOTAL EPS (i) el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad (ii) que le realicen todos los tratamientos médicos, procedimientos, exámenes de laboratorio, las citas médicas, y entrega de medicamentos para tratar las patologías médicas.
4. Así mismo solicita se conmine a Salud Total EPS y la empresa S.I. MER SAS no se sigan vulnerando los derechos fundamentales reclamados por la accionante imponiendo barreras y obstáculos que le permitan el acceso a los servicios que prestan

4. DERECHOS ESTIMADOS COMO VULNERADOS

- Seguridad social y Vida.

5. ACTUACIÓN PROCESAL

Presentada la acción constitucional, el Despacho dispuso admitirla mediante auto proferido el 20 de abril de 2022; corriendo

traslado de su contenido, por el término improrrogable de dos (2) días, a la entidad accionada y a las vinculadas.

6. CONTESTACIÓN DE LA ACCIONADA Y VINCULADAS

Ministerio del Trabajo

Dentro de la oportunidad correspondiente a través de la Asesora de la Oficina Jurídica informan que revisados los hechos que dieron origen a la presente acción, se puede evidenciar que entre esa entidad no existe ni existió vínculo con la tutelante, por lo que alega la falta de legitimación respecto de dicho ministerio.

Por lo dicho solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela respecto del Ministerio y como consecuencia se exonere de toda responsabilidad toda vez que no es la entidad llamada a responder.

Salud Total EPS

Notificados en debida forma, procedieron e emitir contestación en la que precisan que esa entidad no ha vulnerado derecho alguno a la accionada toda vez que siempre ha cumplido con el servicio médico asistencial y prestacional que por ley le corresponde.

Afirma que la acción de tutela interpuesta es improcedente ante la existencia de vulneración de los derechos reclamados, al igual que se encuentra revestida de inmediatez ya que la actora solicita el pago de prestaciones económicas (licencia de maternidad), de las que ha transcurrido más de un año sin adjuntar soportes pero que del análisis de los hechos narrados se evidencia que los mismos ocurrieron en el año 2020.

Por lo anterior, solicita se deniegue las pretensiones de la accionante por operar la carencia actual del objeto por la falta de demostración del perjuicio irremediable y no estar cobijada por el principio de inmediatez.

S.I. MER SAS

La empresa accionada en tiempo contesta la tutela manifestando que las pretensiones reclamadas por la accionante no cumplen con el requisito de inmediatez y subsidiaridad, pues desde el 26 de abril de 2020, la empleada no recibe pago alguno de la empresa, ya que no existe vínculo laboral entre ellas y tan solo se sostuvo el pago de la Salud, en busca de proteger a la madre y el no nacido, con ocasión de la Pandemia del Covid – 19, por tratarse de una contingencia en temas de salud, buscando de esta manera ejercer una labor social y mitigar los efectos de la pandemia.

Así mismo informa que para la fecha de desvinculación la empresa desconocía el estado de gravidez de la empleada, que además de lo indicado la terminación del contrato se dio incluso con derecho y pago indemnización, suma que fue pagada el mismo día.

En cuanto a la solicitud del pago de la licencia, precisa que, si se da lugar a la mismo, es deber de la EPS Salud Total por cuanto la tutelante al estar desvinculada de dicha empresa desde el 26 de abril de 2020.

Por lo anterior, solicita se declara improcedente por no cumplir con los requisitos de inmediatez y subsidiaridad, no existiendo vulneración de derecho fundamental, así como tampoco un perjuicio irremediable.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Acorde con lo establecido en los decretos reglamentarios 2591 de 1991, 1382 de 2000, 1069 de 2015 y 333 de 2021 este Despacho resulta competente para resolver la presente tutela, ya que se ajusta a las exigencias sustanciales dispuestas en el artículo 86 de la Constitución Política y se dirige contra una persona jurídica de naturaleza privada, sobre la que se estima la generación de vulneración de derechos fundamentales con ocurrencia en Bogotá D.C.

2. PRUEBAS

En ese orden, para resolver la presente tutela se tendrá como prueba la documental que acompaña el escrito de tutela y las

contestaciones expuestas por la entidad accionada y las instituciones vinculadas.

3. PROBLEMA JURÍDICO

Así las cosas, analizadas las manifestaciones de la parte tutelante y las contestaciones radicadas en el expediente, el problema jurídico a resolver es el siguiente:

- ¿De acuerdo a los hechos narrados y las pruebas aportadas en este escenario, la tutela cumple con los requisitos jurisprudenciales exigidos para dar solución a lo requerido por la accionante, de ser así quien es el llamado a cumplir con las pretensiones aquí reclamadas?

4. CASO CONCRETO

1. Conviene en primer término recordar que la acción de tutela es un mecanismo procesal específico y directo que tiene por objeto la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en una determinada situación jurídica, cuando éstos sean violados o se presente amenaza de vulneración, sin que pueda plantearse en el trámite de dicha acción, discusión jurídica sobre el derecho mismo.

Así, el artículo 86 de la Constitución Nacional, desarrollado por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, consagra la acción de tutela como la facultad que tiene toda persona de acudir ante los jueces de la República con el fin de solicitar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, y en determinados casos contra los particulares encargados de la prestación de un servicio público cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de aquellos frente a quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Es necesario además que el afectado con dicha actuación no disponga de otro medio de defensa judicial para obtener la protección

de sus derechos, a menos que se utilice como medida transitoria y tendiente a evitar un perjuicio irremediable.

Al respecto, la Corte ha señalado que: *“no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”*¹

Así las cosas, es claro que la acción de tutela resulta ser un mecanismo que se debe utilizar cuando la vulneración de los derechos sea inminente por lo que cualquier persona podrá hacer uso de él, teniendo en cuenta las reglas que para tal fin se han establecido, sin embargo, ello no obsta para que sea un medio alternativo o peor aún, que se desfigure su naturaleza subsidiaria para pasar por alto los mecanismos ordinarios que para tal fin se han establecidos.

De otro lado, debe tenerse en cuenta, a efectos de establecer la procedencia de la acción de tutela, si la misma ha sido interpuesta en tiempo, es decir el grado de inmediatez, punto sobre el que la jurisprudencia constitucional ha establecido que la falta de inmediatez constituye un indicio de la inexistencia de perjuicio irremediable, toda vez que el paso del tiempo hace presumir que el accionante no se ha sentido lo suficientemente afectado, que haya sido imposible continuar conviviendo con la amenaza de vulneración o con el quebrando de sus derechos en sí mismo, con lo cual puede entenderse que no existe un perjuicio.

2. Descendiendo al caso en concreto la accionante pretende que, por este medio de defensa judicial excepcional, se ordene a la encartada la cancelación de las prestaciones económicas por concepto de licencia de maternidad, durante el periodo comprendido entre el 28 de diciembre de 2020 y el 02 de mayo de 2021, al igual que el reintegro

¹Sentencia C-543 de 1992.

al cargo que venía desempeñando al tiempo de la terminación de su contrato del pasado 26 de abril de 2020.

En razón de lo anterior, corresponde al Juzgado, con base en las probanzas que integran el protocolo de tutela, analizar tanto los supuestos fácticos como los jurídicos del actuar que se acusa como violatorio de los derechos fundamentales de la accionante, para determinar si hubo o no la alegada transgresión y si en consecuencia, amerita su restablecimiento, por la vía escogida.

Pues bien: sobre casos como el que se desata, la Honorable Corte Constitucional ha sostenido que, *prima facie*, las controversias respecto de derechos prestacionales deben ser ventiladas ante los jueces ordinarios. No obstante, ha sentado precedente respecto de la procedencia de la acción de amparo como mecanismo idóneo para debatir conflictos de esa estirpe, en los eventos en que la ausencia de reconocimiento de un derecho prestacional afecte derechos fundamentales, como por ejemplo la vida digna o el mínimo vital.

Así, en materia del derecho prestacional a la licencia de maternidad, ha sostenido la Honorable Corte que, en principio, las controversias que respecto de éste se susciten deben ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, ha precisado que:

“No obstante, considerando que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad puede aparejar la vulneración del derecho fundamental de la madre y del menor a una vida en condiciones dignas, cuando el valor que se percibe por este concepto durante el período de licencia constituye su único sustento, esta Corporación a través de múltiples providencias², ha previsto la procedencia excepcional y subsidiaria de la acción de tutela para ordenar su pago, teniendo en cuenta que el otro mecanismo judicial con que cuenta la madre (acción ordinaria laboral) no resultaría eficaz o idóneo para proteger de forma inmediata su mínimo vital y el de su hijo”

3. Respecto a pretensión de reintegro habrá que precisarse que dada la subsidiaridad y la excepcional manera en que procede la tutela, debe destacarse que la pretensión de reintegro de una persona que afirma se encuentra en estado de especial protección, no hace a la acción de tutela un mecanismo directo para lograr el reintegro ni las

² Sobre este tema se pueden consultar entre otras las sentencias T-075 de 2001, T-157 de 2001, T-161 de 2001, T-473 de 2001, T-572 de 2001, T-736 de 2001, T-1224 de 2001.

consecuencias originadas por ello, puesto que es necesario establecer si se presentó un hecho de discriminación en razón de una condición particular, que haga necesaria la intervención del juez ordinario en la que se pueda demostrar lo alegado mediante las pruebas recaudadas.

4. Para darle paso a todo lo anterior, debe destacarse la fecha en que fue presentada la acción constitucional, al igual que las fechas en las que la accionante fue desvinculada de la empresa y por consiguiente dejó de percibir sus ingresos es decir el 26 de abril de 2020, por otra parte, la fecha en que se generó la licencia de maternidad aquí requerida 28 de diciembre de 2020, y a pesar de que aduce que no le han pagado desde esa fecha afectando su mínimo vital, la vida digna y la seguridad social, lo cierto es que en esa época no ejerció las acciones tendientes al restablecimiento de sus derechos, lo que permiten dilucidar que para ese entonces no se vio afectado el mínimo vital, entre otros derechos fundamentales de los que se duele la promotora del amparo, por lo que no se entiende por qué espero más de 1 año para iniciar las acciones tendientes al auxilio de los derechos conculcados por los accionados.

A lo anterior debe sumarse que el perjuicio irremediable, aducido por la accionante, necesario para que proceda la tutela debe ser cierto, grave e inminente, circunstancia que no se evidencia en el presente asunto cuando la actora ha dejado pasar un largo tiempo sin realizar ningún tipo de actuación orientada a la protección de sus derechos, pues retómese que el pago de dichas prestaciones fueron suspendidos en el mes de abril de 2020 por parte de la empresa S.I. MER SAS con ocasión a la terminación del contrato y por otra parte la licencia de maternidad requerida desde el 28 de diciembre de 2020.

En consecuencia, se negará la presente acción. Recordando que no es admisible -desde el escenario constitucional- pasar por alto la posibilidad que a aquí de que la accionante acuda ante la jurisdicción ordinaria con el fin de que se establezca en dicho escenario si le es procedente o no lo aquí pretendido.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: Negar el amparo constitucional invocado por **DUPERLY ROMERO QUIVEDO** contra la **SALUD TOTAL EPS y EMPRESA S.I. MER SAS.**, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: Notifíquese esta decisión a los interesados por el medio más expedito, atendiendo lo previsto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Envíese la presente acción para su eventual revisión ante la Corte Constitucional en caso de no ser impugnada, acatando lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 31 *ejúsdem*.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'N. León Camelo', written in a cursive style.

**NÉSTOR LEÓN CAMELO
JUEZ**