



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE SOLEDAD
SOLEDAD – DOCE (12) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTE (2020)

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA PRIMERA INSTANCIA
RAD: 2020-0087 (2020-0179-01 S.I.)
ACCIONANTE: BEAUTY DAYANA RUDAS MOSQUERA
ACCIONADO: ESTIMA S.A.S. IPS

ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a resolver la impugnación presentada por el accionante, en contra del fallo de primera instancia proferido el 30 de junio de 2020 por el JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE SABANAGRANDE, dentro de la acción de tutela impetrada por BEAUTY DAYANA RUDAS MOSQUERA, en contra de ESTIMA SAS IPS, por la presunta violación de sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y a la vida digna con fundamento en los siguientes:

HECHOS

“1) Fui vinculada en la Empresa ESTIMA S.A.S IPS el día jueves 01 de agosto de 2019, mediante un contrato de prestación de servicios profesionales para desarrollar las funciones de Neuropsicóloga.

2) El día 13 de abril de 2020, notifique a la empresa contratante ESTIMA S.A.S IPS, que estaba embarazada en virtud de que son ellos, pese a la modalidad contractual, los que tienen la subordinación del contrato, pues eran ellos quienes impartían las órdenes para trabajar, asignaban los pacientes y era en sus instalaciones en donde se desarrollaba la labor para la que fui contratada, además fue reenviado el día 21 de abril de 2020 ese mismo correo a petición de mi jefe inmediato Betsy Benítez pues refería no haberlo recibido.

3) El servicio de consulta de Neuropsicología que preste a la IPS ESTIMA era para los usuarios de la EPS Salud Total y Establecimiento De Sanidad Militar 1034 beneficiario finales de mis servicios.

4) El día 11 de marzo de 2020, se decretó la pandemia del Covid -19 se estableció la limitación a la movilidad por parte del Gobierno nacional con el establecimiento del aislamiento obligatorio.

5) A partir del 27 de marzo de 2020 la empresa ESTIMA SAS me asignó trabajo desde casa (teleconsulta), programando pacientes a través de la plataforma SIOS para la atención de, consulta primera vez, consulta pruebas cognitivas de paciente en controles y rehabilitación de pacientes.

6) Desarrolle el trabajo en forma regular entre el día 27 de marzo de 2020 hasta el día 22 de mayo de 2020 en los horarios de 01:00pm a 05:40pm.

7) El día 20 de mayo de 2020 en reunión por ZOOM informan que debíamos acudir a las instalaciones de ESTIMA SAS IPS el día Martes 26 de Mayo de 2020 para efectuar el trabajo en forma presencial, de igual manera llame a mi jefe inmediato para que me confirmara si yo debía asistir a realizar mis labores presencialmente debido a mi estado de embarazo del cual ella tenía conocimiento y no veía lógico ir hasta las instalaciones de ESTIMA SAS IPS a realizar las mismas actividades que realizaba desde casa, generando un riesgo adicional a mi salud y a la de mi hijo en gestación, a lo cual me respondió que todo el personal iba asistir y que debía de presentarme a laborar el día martes 26 de Mayo.

8) Acudí a la cita convocada con el ánimo de conciliar con la IPS ESTIMA SAS y continuar con el trabajo que desempeñaba desde casa, me reuní con mi jefe inmediato Betsy Benítez, Eimy Echeverría (Gerente), Joseph Vargas



(Administrador), Marbel Gámez (Auditora de Calidad) y ante mi sorpresa me dicen que no hay la misma posibilidad de que continúe con el trabajo desde casa, que a pesar del estado de embarazo y el riesgo que ello conlleva por el proceso de la pandemia del Covid 19, debo trabajar presencialmente.

9) En esa ocasión les deje una comunicación escrita de mi deseo de continuar el contrato de prestación de servicios, de la manera como lo había desarrollado los últimos dos meses, sin que hayan respondido en forma escrita a la petición.

10) El día siguiente 27 de Mayo, como era habitual desde mi casa procedí a la atención de mis pacientes por teleconsulta, ingrese a la plataforma SIOS y solo habían agendados 3 pacientes, de los cuales un niño no pudo atender la cita por compromisos del colegio, el acudiente del otro niño manifestó que le habían asignado cita presencial y la última niña le realice su terapia de rehabilitación y charla con los padres.

11) El día jueves 28 de mayo, cuando me disponía atender los pacientes y entrar a la plataforma SIOS no me permitía acceder, por lo cual reporté por medio de un correo a mi jefe inmediato Betsy Benítez el inconveniente que presentaba, de lo cual no recibí ninguna respuesta, entonces comprendí que me habían bloqueado el usuario para acceder a la plataforma.

12) Me citaron a la empresa el día lunes 01 de junio de 2020, supuestamente a darme una respuesta al comunicado que les había presentado, eso fue lo que me informo mi jefe inmediato Betsy Benítez en su llamada telefónica, pero el día de la cita me presento un paz y salvo donde le dan terminación a mi contrato a pesar que la labor que desarrollo se puede ejecutar desde casa, además colocan un ítem donde decían que de acuerdo a lo conversado entre el empleador de servicio y la empresa este no podía emitir quejas o reclamo ante la oficina del trabajo, por ultimo me informan que si no firmaba el documento no me realizarían el pago del mes de mayo y además tampoco cancelarían la semana que no me agendaron paciente, a la fecha efectivamente no me han cancelado el mes de mayo.

13) No obstante, la forma de vinculación, el contrato de prestación de servicio, es un contrato laboral precario, en este caso se configuran los tres elementos de una relación laboral, prestación personal del servicio, subordinación y una remuneración.

14) Es visible que las labores que desarrolle en el contrato de servicios es el del objeto social del contratante. (anexo cámara de comercio)

15) El contrato de prestación de servicio entre ESTIMA IPS y las EPS para la atención por el servicio Neuropsicología sigue vigente.

16) Nunca recibí copia de mi contrato de servicios profesionales, por lo que realmente esta relación se desarrolló mediante un contrato verbal.

17) En medio de la pandemia y por la supuesta crisis de la empresa me comunicaron en el mes de abril disminuirnos el 30% de mi pago, de 2.300.000 quedo en 1.610.000, esta medida unilateral quedo plasmada en un documento que si no hubiese sido firmado solo habría anticipado la situación que se presenta ahora, es decir un despido unilateral sin justa causa y en estado de embarazo.

Actualmente cuento con 15 semanas y 3 días de embarazo y solicito el amparo especial de mis derechos laborales con la acción de reintegro por la protección especial de la estabilidad laboral reforzada a la mujer embarazada."

PRETENSIONES

Dentro del escrito de solicitud de la amparo no se evidencian pretensiones, no obstante,



se presume que las mismas obedecen a la reanudación del contrato de prestación de servicios entre la actora y ESTIMA SAS IPS con ocasión de su estado de embarazo.

DE LA ACTUACIÓN

La acción de tutela fue admitida por el JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE SABANAGRANDE a través de auto calendado el 12 de junio de 2020, ordenándose oficiar a la accionada a fin de que rindiera informe sobre los hechos de la acción de tutela.

En dicha providencia se resolvió la vinculación del MINISTERIO DE TRABAJO-TERRITORIAL ATLANTICO, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, MINISTERIO DE SALUD y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, EPS SALUD TOTAL, ESTABLECIMIENTO DE SANIDAD MILITAR 1034, EPS SURA, y, CENTRO MÉDICO COGNITIVO E INVESTIGACIÓN CMC S.A.S., solicitando informe sobre los hechos que motivaron la solicitud de amparo.

INFORME DE ESTIMA SAS IPS.

La señora EIMY ECHEVERRÍA, en calidad de representante legal de ESTIMA SAS IPS, rindió informe en los siguientes términos:

“(…) Honorable Juez, como primera medida, como puede inferirlo del acervo probatorio allegado, la ESTIMA S.A.S IPS, no tiene ni nunca ha tendido una relación laboral con la accionante; las afirmaciones realizadas a lo largo de los hechos en torno a los mismo, carecen veracidad; tratando de obtener un provecho de una relación netamente contractual en la que realiza actividades propias de un contratista, atendiendo pacientes de nuestras E.P.S CONTRATANTES, suministrando además las diferentes pruebas que aplica para obtener los diagnósticos, las cuales, además se aplican bajo los protocolos de dicha profesional.

2. La accionante no es subordinada de ESTIMA S.A.S IPS, dado que presta sus servicios profesionales de manera independiente previa asignación de citas en un horario de 1:00 p. m a 6:00 p. m para su atención. Esto de ninguna manera puede mirarse como una subordinación sino una coordinación en ocasión al desarrollo del objeto contractual contratado, ello teniendo en cuenta que, se trata de una laboral especializada. Como bien lo reiteró, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹, el cumplimiento de un horario, no es un indicativo de la subordinación, tal hecho no hace concluir forzosamente la existencia de la misma cuando del análisis de otros medios probatorios el juzgador deduce que, en realidad, existió una prestación de servicios personales de carácter independiente y autónoma.

3. Las actividades que realiza la accionante fueron contratadas por un año, la cuales, se venían realizando conforme al objeto contratado. La entidad de salud querepresento, ESTIMA S.A.S IPS, no incumplido la relación contractual; y como se demuestra, ha brindado todas las garantías al contratista para desarrollar el objeto contractual; cumpliendo así con las obligaciones contraídas en virtud del contrato. Mientras que, la CONTRATISTA – hoy accionante- con fundamento en su mera liberalidad dejo de prestar sus servicios profesionales desde el 26 de mayo de 2020. No atendió la agenda de citas programadas para los días 26, 27 y 28.

4. De igual forma, advierte al despacho, que ESTIMA S.A.S IPS no ha disgregado ni ha terminado el contrato de prestación de servicio profesionales suscrito con la accionante en consideración a su estado. Dicho contrato a la fecha se encuentra vigente, sin que la contratista se allane a cumplir. Ni se la ha puesto a firmar ningún documento de terminación como lo afirma. La IPS ESTIMA S.A.S. ha sido totalmente respetuosa con sus empleados y contratistas. Ahora, es de anotar que, como se explicará más adelante, la presencialidad en la atención de los pacientes no obedece a un capricho, ni tampoco es cierto como



lo afirma la accionante que puede realizar dicha actividad de manera virtual. De hecho, como se demuestra con el acervo probatorio; fueron varios los cuestionamientos a dicha actividad, los cuales, podrían terminar en demandas de responsabilidad médica contra la IPS que represento.

5. La accionista en calidad de contratista presentó derecho de petición radicada del 26 de mayo de 2020, mediante la cual solicito, permitírsele “desarrollar las actividades relacionadas con la prestación del servicio de neuropsicología a los pacientes de ESTIMA IPS bajo la modalidad de teletrabajo dado que se encuentra embarazada, tal y como lo venía realizando en los dos últimos meses”.

6. En respuesta dada el 16 de junio de 2020, se le explicaron los motivos por los cuales, no podía continuar desarrollando la actividad contratada bajo la modalidad de teletrabajo, lo cual, para mayor ilustración del despacho, se entra a explicar a continuación.

7. La IPS ESTIMA, pese a ser una entidad de salud que puede seguir prestando sus servicios sin restricciones, como regla el Decreto 457 de 2020, en el artículo 3° numeral 1, mientras extremaba todas las medidas necesarias adicionales de bioseguridad y planeaba la prestación de sus servicios, recurrió al teletrabajo; sin embargo, dadas los requerimientos y estándares del mismo según la lex artis en materia de neuropsicología, en la actualidad se hace imposible continuar bajo esa modalidad, de lo contrario, no se podría garantizar el servicio contratado en aras del bienestar emocional y mental de nuestros de los pacientes, yendo ello, incluso, contra las prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratarlos en la actualidad, sobre todo, en la aplicación de las pruebas que la accionante suministra y aplica según los protocolos establecidos para el efecto.

8. Sumado a lo anterior, y teniendo en cuenta las extensiones del gobierno del aislamiento preventivo, nuestros clientes contratantes han informado el interés de los usuarios de ser atendidos de manera presencial, por tal motivo ESTIMA IPS a partir del 26 de mayo de 2020, retomó la prestación de sus servicios de manera presencial. Es preciso anotar, que ESTIMA IPS, adoptó el Protocolo de Bioseguridad del sector salud sugerido por el Ministerio de protección Social de Colombia, y se realizaron entre otras delimitaciones y señalizaciones. Se comunicó y capacitó vía virtual el día 20 de mayo de 2020 sobre las medidas de adopción de protocolos de bioseguridad para controlar y mitigar el adecuado manejo de la pandemia en ESTIMA IPS.

9. Los CONTRATANTES de la ESTIMA IPS han manifestado la continuidad de la atención de los pacientes manera presencial para obtener sus resultados y diagnóstico, evitando dilataciones en el tiempo de entrega y continuar con el tratamiento por el especialista (psiquiatría, neuropediatría entre otros).

10. Como es de su pleno conocimiento dada la actividad que realiza, el servicio de neuropsicología tiene como principal objetivo conocer la manera en que se encuentran organizados los diferentes procesos cognoscitivos y comportamentales, y sus alteraciones en caso de disfunción o por lesión orgánica.

Dentro del proceso de evaluación neuropsicológica se tienen en cuenta aspectos como:

- 1. Datos aportados en la historia clínica del paciente.*
- 2. Datos de observación de la conducta como indicadores de la adaptación al medio, del estado psicológico y de las capacidades cognitivas.*
- 3. Datos cuantitativos aportados por las pruebas neuropsicológicas, organizando la exploración en fases, desde lo básico o la detección, hasta lo más específico.*
- 4. Datos semiológicos cualitativos para ir más allá de las puntuaciones de los test.*
- 5. Datos aportados por escalas complementarias y exploraciones ideográficas.*



El proceso de la evaluación neuropsicológica va encaminado a la consecución de los siguientes objetivos:

- 1. Describir fortalezas e identificar cambios y alteraciones en el funcionamiento psicológico (cognición, conducta, emoción) en términos de ausencia o presencia y severidad de la alteración.*
- 2. Conocer el impacto del daño cerebral sobre las funciones cognoscitivas y la personalidad.*
- 3. Contribuir al diagnóstico de patologías neurológicas o psiquiátricas, especialmente en los casos en los que no se discrimine suficientemente el efecto de las lesiones cerebrales.*
- 4. Diseñar e implementar programas de rehabilitación específicos.*
- 5. Valorar la evolución cognoscitiva, conductual y emocional de pacientes con antecedentes de daño cerebral.*
- 6. Utilizar el diagnóstico como medio para realizar valoraciones periciales y forenses en casos de incapacidad, accidente o deterioro.*

Existen lineamientos generales en ESTIMA IPS para la evaluación neuropsicológica, entre los cuales se incluye:

- 1. La elaboración de una historia clínica completa, que incluya los resultados de exámenes realizados por otros profesionales*
- 2. La realización de un tamizaje o pruebas de rastreo, que permitan al profesional generar sus hipótesis.*
- 3. El escoger las pruebas adecuadas, dependiendo de características sociodemográficas (edad, nivel socioeconómico y escolaridad), clínicas (etiología, severidad, tiempo de evolución y) e individuales (limitaciones motoras, sensoriales y comunicativas).*
- 4. El adoptar pruebas complementarias para establecer diagnósticos neuropsicológicos diferenciales o confirmatorios.*
- 5. El elaborar un informe neuropsicológico técnico que incluya datos de identificación, antecedentes, resultados cuantitativos y cualitativos, conclusiones y recomendaciones.*

PROCESO DE APLICACIÓN DE PRUEBAS

Las escalas Wechsler de Inteligencia pueden usarse en la siguiente modalidad de acuerdo al Instituto Neuropsicológico de Colombia.

- 1. WPPSI III: Tiene dos versiones para preescolares una de 2 a 3 años y otra de 4 a 7 años. CI TOTAL, en la segunda, además de las dos escalas Verbal y de Ejecución, se evalúa el CI de Velocidad de procesamiento. pueden aplicar ninguna de las pruebas, por la edad del niño y porque la mayoría de ellas contienen estímulos en los que se requiere la interacción directa con el evaluado. (Información, Vocabulario y Pistas) y de manera parcial subpruebas de la Escala de Ejecución (Matrices y Conceptos con Dibujos). La subprueba diseño con cubos, del índice de Ejecución, no se puede aplicar de forma virtual. Tampoco se pueden aplicar por vía virtual las pruebas de Velocidad de Procesamiento (Búsqueda de Símbolos y Claves)*

- 2. WISC IV: Para niños y adolescentes de 7 a 16 años. Contiene cuatro escalas CI Verbal, CI de Razonamiento Perceptual, CI Memoria de Trabajo y CI Velocidad de Procesamiento: Verbal y toda la escala que evalúa CI Memoria de Trabajo. la de Razonamiento Perceptual se puede hacer por vía virtual las subpruebas Conceptos con Dibujos y Matrices.*

La prueba diseño con Cubos puede aplicarse solo de manera presencial. e hacerse de manera presencial.

- 3. WAIS IV: Para jóvenes desde los 16 años y adultos hasta los 89 años. Contiene cuatro escalas CI Verbal, CI de Razonamiento Perceptual, CI Memoria de Trabajo y CI Velocidad de Procesamiento: la Escala que evalúa CI Verbal y toda la escala que evalúa CI Memoria de Trabajo. Por vía virtual se pueden aplicar del CI de Razonamiento perceptual, las subpruebas Matrices y Rompecabezas Visual. La subprueba Diseño con cubos debe ser presencial. El CI Velocidad de procesamiento debe hacerse presencial.*

- 11. Con fundamento en lo anterior, sin equívocos se podría afirmar que, la atención por telemedicina limita el papel del neuropsicólogo en la aplicación de pruebas que necesariamente deben ser aplicadas de manera presencial. Es*



preciso recordar, además, que la atención va dirigida a personas con déficit cognitivo, autismo, problemas severos de lenguaje, conducta de enfermedad mental, trastornos de desarrollo generalizado por mencionar algunos.

12. Uno de los aspectos que más importancia revisten en el servicio de neuropsicología, por su alcance, eficacia, validez y trascendencia es la aplicación de test o pruebas cognitivas; éstas adquieren un papel fundamental dado que son los ejes mediante los cuales se toman decisiones importantes para un diagnóstico. Éstas deben ser realizadas de manera presencial ya que deben ser validadas, aplicadas e interpretadas con todo el rigor, exigiendo la presencia del paciente, generándose en efecto, una gran responsabilidad y un alto grado de compromiso ético por parte del profesional al momento de su aplicación, calificación e interpretación, y no admite, se reitera, ser realizado de manera virtual.

13. La aplicación de pruebas y escalas de evaluación de inteligencia que requieran aplicarse presencialmente debe hacerse de tal modo, que no es admisible a la luz de la lex artis de la neuropsicología, hacerlo de manera virtual, rayando entonces en los límites de la mala praxis, lo que llevaría a invalidar la prueba y realizar un diagnóstico equivocado en perjuicio del paciente, lo cual, nos podría acarrear demandas de responsabilidad médica.

14. En lo que respecta, al servicio de Neuropsicología contratado con los prestadores, el mismo en su mayoría implica la aplicación de Pruebas Cognitiva cubiertas por un paquete de cinco sesiones, para generar una Evaluación Neuropsicológica, la cual requiere, una aplicación de Escala de inteligencia y por ende la presencia del paciente. Adicionalmente, nuestro principal prestador Salud total EPS, es muy estricto y poco abierto al cambio del modelo de atención y nuestra contratación se basa en pago por eventos, es decir se requiere culminar el paquete de cinco sesiones que implica la Prueba Cognitiva, y una vez entregado el informe que es la Evaluación Neuropsicológica es posible facturar el paquete de sesiones.

15. Realizando un análisis del servicio de Neuropsicología, se evidenciaron malestar por los pacientes donde expresaban la no confiabilidad del proceso de valoración por teleterapia de las pocas sesiones que se podían realizar por este medio, y además, se retrasaba la entrega de la Evaluación, ya que el paciente tenía que esperar lapso considerable para terminar el proceso presencial, por ello el retraso es más de 4 meses, afectando nuestro modelo de calidad.

16. Es importante resaltar que, la atención por el servicio de neuropsicología implica ciento por ciento prueba Cognitiva de más del 98 % de los pacientes, lo cual comprende medir distintos aspectos, entre ellos, la capacidad intelectual general, el lenguaje, la personalidad y temperamento, la atención, la memoria y otras destrezas de alto nivel de ejecución. Esta atención por telemedicina, se retira, limita el papel del neuropsicólogo ya que la atención va dirigida a personas con déficit cognitivo, autismo, problemas severos de lenguaje, conducta de enfermedad mental. Adicionalmente, se requiere aplicar pruebas lo cual se dificulta por vía virtual y tampoco es ético invalidar una prueba por mala praxis de la aplicación.

17. En cuanto a su estado de gestación, ESTIMA IPS, adoptó todos los protocolos de bioseguridad para garantizar la prestación del servicio y seguridad de los empleados, contratistas y pacientes. Si bien, el Gobierno insta al teletrabajo, al tiempo, ha sido claro, que cuando el mismo sea posible. No siendo entonces, posible por la calidad, idoneidad y especialidad del servicio, se hace imposible implementar el teletrabajo en el caso de la accionante.

18. A propósito del estado de gestación de la accionante, se aclara que ESTIMA IPS, ni la ha disgregado ni ha terminado el contrato de prestación de servicios en razón a su estado. El contrato continuo vigente, sin que a la fecha la contratista se allane a cumplir con el objeto del mismo.

19. Por último, es importa resaltar que la accionante tiene otra vinculación contractual con el CENTRO MÉDICO COGNITIVO E INVESTIGACIÓN CMC S.A.S, con NIT. 900479894-9, hecho este conocido e informado a nuestra IPS por la accionante, en aras de coordinar las actividades con ESTIMA S.A.S IPS., y evitar conflictos en la ejecución del resto de actividades que ejecuta como independiente. Es por ello, que se solicita la vinculación de dicha I.P.S, para que



informe al despacho, si es cierto o no, que la accionante presta sus servicios para dicha entidad. (...)

Por las anteriores razones, solicita NEGAR la presente acción de tutela frente a ellos.

Posteriormente, en respuesta a la apertura de pruebas, la accionada indicó:

“(…) 2. En cuanto a: “OFICIAR a ESTIMA S.A.S. IPS, para que, en el TÉRMINO DE 24 HORAS, informe a este Despacho, si en la actualidad el cargo de NEUROPSICOLOGA, que ocupa la accionante BEAUTY DAYANA RUDAS MOSQUERA, está siendo desempeñado por otra persona, si es así, indique la fecha de su ingreso”, se realizan las siguientes anotaciones: 2.1. Como se dijo en el informe de tutela; ESTIMA S.A.S. IPS, teniendo en cuenta la vigencia o plazo del contrato de prestación de servicios profesionales, y, cumpliendo así con el principio pacta sunt servanda, no hemos contratado a ningún profesional para continuar con las actividades de la accionante. Adicionalmente, hoy, no existe demanda en esa especialidad, y los pacientes que le fueron agendados antes de conocer la negativa de la Dra. Rudas para su atención, fueron reagendados en la atención de pacientes en horas de la mañana, siendo atendidos por otra profesional contratada. Cabe advertir, que la doctora Rudas, dispuso atender pacientes en horas de la tarde, dado que, en horas de la mañana se encuentra prestando sus servicios profesionales al CENTRO MÉDICO COGNITIVO E INVESTIGACIÓN CMC SAS, del cual, se pidió su vinculación al presente tramite tutelar 2.2. Sobre lo resaltado, se advierte que, en la hoja de vida de la Dra. Rudas suministrada a ESTIMA IPS como soporte para el contrato de prestación de servicios aparece consignado que la Dra. Rudas posee en la actualidad otro contrato de Prestación de servicios con el CENTRO MÉDICO COGNITIVO INVESTIGACIÓN CMC SAS, y que presta sus servicios en las horas de la mañana. Situación esta que fue tomada en cuenta al momento de discutir el contrato de prestación de servicios profesionales.

2.3. Por lo demás, sobra insistir que, que las actividades relacionadas con esta especialidad están supeditadas a la remisión de pacientes por parte de los prestadores contratantes, y de esta manera se realiza en agendamiento pacientes en el tiempo que se requiera. Por lo tanto, son actividades no permanentes en el tiempo, e incluso puede haber periodos en los que no se requiera la prestación de servicios para la mismas.

2.3. Dentro del contrato de prestación de servicios entre ESTIMA IPS y la Dra. Beauty Rudas, la prestadora de servicios posee autonomía de manejo de su horario para atender las actividades encomendadas. Tanto es así, que los días en los cuales no puede atender pacientes, simplemente informa a ESTIMA S.A.S. IPS; muestra de ello, véase los siguientes correos, que dan muestra incluso, de cómo realiza acuerdos con otra especialista para la atención de los mismos:

Wednesday, June 17, 2020 at 4:51:51 PM Colombia Standard Time Asunto: (ninguno) Fecha: viernes, 15 de mayo de 2020, 4:51:27 p.m. hora estándar de Colombia De: BEAUTY DAYANA RUDAS MOSQUERA A: ESTIMA IPS buenas tardes, esperando en Dios y la Virgen que se encuentre bien de salud. la presente es para informarle que el día 19 de mayo del 2020 en horas de la tarde tengo una cita con el ginecólogo de control por mi estado de embarazo, por tal motivo no podré cumplir con mi agenda para este día. esperando su comprensión y atención quedo atenta a sus comentarios. BEAUTY DAYANA RUDAS MOSQUERA CANDIDATA A MAGISTER NEUROPSICOLOGIA PSICOLOGÍA TEL: 3007713270 UNIVERSIDAD??SI M??N??BOL??VAR?? Libre de virus. www.avast.com

Honorable Juez, se insiste en la vinculación al CENTRO MÉDICO COGNITIVO E INVESTIGACIÓN CMC S.A.S, con NIT. 900479894-9, para que este señale a este despacho si la accionante se encuentra o no vinculada con el mismo. Lo anterior, por cuanto, la misma convino con nuestra IPS que solamente podía atender pacientes en horas de la tarde, dado que se encontraba prestando servicios al mismo, y de esa forma, evitar conflictos en la ejecución del resto de actividades que realiza como independiente. Es por ello, que se solicita la vinculación de dicha I.P.S, o la menos oficie, para que informe al despacho, si es cierto o no, que la accionante presta sus servicios para dicha entidad. (...)



INFORME SALUD TOTAL EPS.

La señora DIDIER ESTHER NAVAS ALTAHONA, en calidad de Gerente de SALUD TOTAL EPS-S.A., Sucursal - Barranquilla, rindió informe en los siguientes términos:

“(…) Teniendo en cuenta las pretensiones incoadas en la acción de marras, es claro que estamos frente a una FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA frente a SALUD TOTAL EPS-S.A., sobre todo si se parte de la base que mi prohijada no ha incurrido en vulneración de los derechos fundamentales pretendidos al no ser su empleador ni su asegurador en salud. Así las cosas, Señor Juez, es claro que dentro del presente caso NO EXISTE VULNERACIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL ALGUNO DEL ACTOR, solicitando se sirva DENEGAR la presente acción, sobre todo si se CONSIDERACIONES JURÍDICAS DE SALUD TOTAL EPS-S S.A. IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA POR LA INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL:

En el presente caso es menester resaltar al Despacho que mi representada no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante, por lo que estamos frente a una acción de tutela IMPROCEDENTE que debe ser DENEGADA ante la inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales reclamados. Por lo anterior, es claro que no hay existencia de vulneración de derechos fundamentales por parte de esta EPS-S. La Corte Constitucional, al interpretar el contenido y alcance del artículo 86 de la Constitución Política, en forma reiterada y pacífica ha señalado que el objetivo de la acción de tutela se circunscribe a la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la ley.

2 Así las cosas, se tiene que el propósito de la tutela, como lo establece el mencionado artículo, es que el Juez Constitucional, de manera expedita, administre justicia en el caso concreto, profiriendo las órdenes que considere pertinentes a la autoridad pública o al particular que con sus acciones u omisiones han amenazado; y en este orden de ideas, la SALUD TOTAL EPS-S S.A., no ha vulnerado derecho fundamental alguno del accionante, lo que hace totalmente improcedente vincularnos en la acción de tutela de marras. Su señoría, lo anterior descarta de plano cualquier pronunciamiento en contra de la entidad que represento, por cuanto se impone concluir que SALUD TOTAL EPS-S S.A., no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante. Conforme a lo anteriormente expuesto, solicito Señor Juez, se sirva DENEGAR la acción de tutela de la referencia, por ser IMPROCEDENTE e INEFICAZ, ya que no existe amenaza ni vulneración de un Derecho Fundamental amparado por nuestra Constitución. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA QUE LE ASISTE A SALUD TOTAL EPS-S S.A.: En el presente asunto resulta claro que la entidad que represento adolece de la facultad procesal para actuar como parte accionada, por lo cual resulta imperioso que SALUD TOTAL EPS-S S.A., sea desvinculada de la presente acción de tutela. (…)

INFORME SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

La vinculada SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, rindió informe en los siguientes términos:

“(…) Solicitamos desvincular a esta entidad de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud, lo que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a esta Entidad. En efecto, las EPS como aseguradoras en salud son responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud, pues el aseguramiento en salud, exige que el asegurador (EPS), asuma el riesgo



transferido por el usuario, esto es, la salud y vida del asegurado, y cumpla con cabalmente con las obligaciones frente a "...la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas." (Cfr. Art. 15 Ley 1751 de 2015), lo cual implica la asunción de obligaciones y responsabilidades contractuales. En este contexto, las EPS están llamadas a responder por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere con ocasión de la no prestación, o prestación indebida de los servicios de salud incluidos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Esto comporta la directa asunción de responsabilidades en materia de servicios de salud a cargo de las EPS quienes actúan como verdaderos y directos responsables contractuales, y no el prestador de servicios de salud (IPS), quien podrá responder solidariamente con el asegurador (EPS), solo cuando este último habiéndose entregado por el asegurador, los elementos claves de atención, esto es los requisitos que se deben tener en cuenta para la negociación y suscripción de los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios de salud, hagan caso omiso a estos generando lesión, enfermedad, o incapacidad en el usuario, por su omisión, arbitrariedad y desconocimiento de lo ordenado, pactado y contratado por el asegurador en salud.

La Superintendencia Nacional de Salud, es un organismo de carácter técnico, que como máximo órgano de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud debe propugnar por que los agentes del mismo cumplan a cabalidad con las obligaciones y deberes asignados en la ley, y demás normas reglamentarias para garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados, mediante una labor de auditoría preventiva y reactiva, esta última a través de las quejas de los usuarios del Sistema. Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en Sentencia del 8 de marzo de 2007, Exp. No. 11001-03-26-000-1998-00017-00(15071) Consejero Ponente doctor Ramiro Saavedra Becerra, señaló:

"... las superintendencias tienen a su cargo el ejercicio de la función de inspección, vigilancia y control, en los precisos términos dispuestos por la ley, o por la delegación del Presidente, legalmente autorizada; así mismo, que tales funciones obedecen al ejercicio de la función de policía administrativa, tal y como ha sido reconocido reiteradamente por la jurisprudencia del Consejo de Estado. (...) La policía administrativa, a su vez, se presenta como una facultad estatal de limitación y regulación de los derechos y libertades de los asociados con la finalidad de preservar el orden público, y está constituida por el poder de policía, el cual es de carácter normativo y corresponde a la facultad de expedición de regulaciones generales, de carácter legal (...) Dentro de este marco, la actividad de las superintendencias, corresponde al ejercicio de la función de policía, que se halla subordinada al poder de policía, lo que significa que su actuación está dirigida a la cumplida aplicación de las normas que regulan el campo de actividad sobre el cual aquellas ejercen las funciones de inspección, vigilancia y control que les son encomendadas, con miras además, a propender por la protección del sector económico o social objeto de control, por su desarrollo y estabilidad, así como por el cumplimiento de las demás funciones que específicamente se le hayan encomendado a la respectiva superintendencia, a partir del cumplimiento de su actividad principal de inspección, vigilancia y control(...)".

Es necesario precisar que en la acción de tutela no se observa una queja o inconformidad contra un vigilado de esta entidad por la prestación de un servicio de salud, sino que el mismo versa sobre una situación laboral de carácter particular entre el accionante y su empleador, por lo cual esta entidad no tiene competencia para pronunciarse al respecto.

No obstante, la falta de legitimación en la causa por pasiva, esta Superintendencia se permite presentar las siguientes razones y fundamentos: DE LA COMPETENCIA DE LAS INSPECCIONES DE TRABAJO DEL MINISTERIO DE TRABAJO.



La Ley 1610 de 2013, en el artículo 1º establece:

“Artículo 1º. Competencia general. Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social ejercerán sus funciones de inspección, vigilancia y control en todo el territorio nacional y conocerán de los asuntos individuales y colectivos en el sector privado y de derecho colectivo del trabajo del sector público.”

Así mismo, el artículo 3 en sus numerales 1, 2 y 3 dice:

“Artículo 3º. Funciones principales. Las Inspecciones del Trabajo y Seguridad Social tendrán las siguientes funciones principales:

1. Función Preventiva: Que propende porque todas las normas de carácter socio-laboral se cumplan a cabalidad, adoptando medidas que garanticen los derechos del trabajo y eviten posibles conflictos entre empleadores y trabajadores.

2. Función Coactiva o de Policía Administrativa: Como autoridades de policía del trabajo, la facultad coercitiva se refiere a la posibilidad de requerir o sancionar a los responsables de la inobservancia o violación de una norma del trabajo, aplicando siempre el principio de proporcionalidad.

3. Función Conciliadora: Corresponde a estos funcionarios intervenir en la solución de los conflictos laborales de carácter individual y colectivo sometidos a su consideración, para agotamiento de la vía gubernativa y en aplicación del principio de economía y celeridad procesal.”

4. En el presente asunto, se observa que la controversia jurídica deviene de una relación laboral entre la accionante y el accionado, por lo cual, la entidad competente para determinar si existió o no la vulneración de los derechos de la accionante como trabajadora es el Ministerio de Trabajo a través de sus Inspecciones de Trabajo y Seguridad Social.

5. MECANISMO JUDICIAL ALTERNATIVO

6. Al respecto el artículo 6, numeral 1 del Decreto 2591 de 1991, establece las causales de improcedencia de la acción de tutela, cuando:

7. “Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

8. 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 encuentre el solicitante. (...).”

9. Bajo tales premisas, la acción de tutela es improcedente dado que el accionante cuenta con otras acciones judiciales o recursos ordinarios para solicitar la protección de sus derechos, teniendo en cuenta que debe acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para el caso de la solicitud de Nulidad de acuerdo a los artículos 207 – 210 de la ley 1437 de 2011.

10. DE LAS FUNCIONES DE IVC DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

11. La Ley 1122 de 2007, en su artículo 36, creó el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema de General de Seguridad Social en Salud, siendo la Superintendencia Nacional de Salud, la cabeza del mismo.



12. Así mismo, las facultades de Inspección, Vigilancia y Control se encuentran definidas en el artículo 35 de la citada Ley, y estas deben ser ejercidas dentro de los Ejes del Sistema, contenidos en el artículo 37 de la Ley 1122 de 2007.

En efecto, los mencionados artículos de la ley 1122 de 2007, rezan: “Artículo 36. Sistema de Inspección, Vigilancia y Control. Créase el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud como un conjunto de normas, agentes, y procesos articulados entre sí, el cual estará en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud de acuerdo con sus competencias constitucionales y legales, sin perjuicio de las facultades asignadas al Instituto Nacional de Salud y al Invima.

Artículo 37. Ejes del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia Nacional de Salud. Para cumplir con las funciones de inspección, vigilancia y control la Superintendencia Nacional de Salud ejercerá sus funciones teniendo como base los siguientes ejes:

1. Financiamiento. Su objetivo es vigilar por la eficiencia, eficacia y efectividad en la generación, flujo, administración y aplicación de los recursos del sector salud.

2. Aseguramiento. Su objetivo es vigilar el cumplimiento de los derechos derivados de la afiliación o vinculación de la población a un plan de beneficios de salud.

Página 5 de 9 Carrera 68 A # 24 B-10, Torre 3 - Pisos 4, 9 y 10 PBX (571) 744 2000 • Bogotá www.supersalud.gov.co

3. Prestación de servicios de atención en salud pública. Su objetivo es vigilar que la prestación de los servicios de atención en salud individual y colectiva se haga en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad, en las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

4. Atención al usuario y participación social. Su objetivo es garantizar el cumplimiento de los derechos de los usuarios en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, así como los deberes por parte de los diferentes actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud; de igual forma promocionar y desarrollar los mecanismos de participación ciudadana y de protección al usuario del servicio de salud.

5. Eje de acciones y medidas especiales. Modificado por el art. 124, Ley 1438 de 2011. Su objetivo es adelantar los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplen funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud. Tratándose de liquidaciones voluntarias, la Superintendencia Nacional de Salud ejercerá inspección, vigilancia y control sobre los derechos de los afiliados y los recursos del sector salud. En casos en que la Superintendencia Nacional de Salud revoque el certificado de autorización o funcionamiento que le otorgue a las Empresas Promotoras de Salud o Administradoras del Régimen Subsidiado, deberá decidir sobre su liquidación.



6. *Información. Vigilar que los actores del Sistema garanticen la producción de los datos con calidad, cobertura, pertinencia, oportunidad, fluidez y transparencia.*

7. *Focalización de los subsidios en salud. Vigilar que se cumplan los criterios para la determinación, identificación y selección de beneficiarios y la aplicación del gasto social en salud por parte de las entidades territoriales.*

De lo anterior es claro concluir que la Superintendencia Nacional de Salud no es el ente competente para dirimir conflictos laborales de particulares y sus trabajadores o entre las EPS, ESE e IPS y estos, toda vez que no es superior jerárquico de los mismas, ni estos forman parte de su estructura organizacional, siendo claro que el accionante no es ni ha sido trabajador de la Superintendencia Nacional de Salud, así mismo, la entidad que debe conocer del asunto denunciado es el Ministerio de Trabajo a través de las Inspecciones de Trabajo, organizadas por ley para tal fin.

Con lo anterior, esperamos haber aportado herramientas suficientes a su Despacho para mejor proveer. Bajo estas consideraciones, esperamos haber otorgado suficientes elementos de juicio al señor Juez para que resuelva lo que en derecho corresponda.

III. PETICIÓN

1. *Declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Superintendencia Nacional de Salud y reiterar al Señor Juez para que se sirva desvincularnos de toda responsabilidad dentro de la presente Acción de Tutela. (...)*

INFORME ESTABLECIMIENTO DE SANIDAD MILITAR 1034:

El vinculado ESTABLECIMIENTO DE SANIDAD MILITAR 1034, dentro del informe rendido sostiene que entre dicha entidad y la accionada ESTIMA IPS existe un contrato de prestación de servicios de atención médica y rehabilitación integral de niños, niñas y adolescentes con capacidades diversas y demás usuarios de subsistema de salud de las fuerzas militares, a través de consultas de neuropsicología y controles, intervención conjunta con participación de fisiatría y otras especialidades.

Que se abstienen de emitir pronunciamiento alguno frente a las pretensiones de la parte actora, toda vez que no les compete intervenir en una controversia de índole contractual y sobre la cual dicho establecimiento de sanidad militar no tiene injerencia alguna.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

JUZGADO SEGUNDO PROMISCOUO MUNICIPAL DE MALAMBO, mediante providencia del 15 de mayo de 2020, resolvió la solicitud de amparo tutelando los derechos fundamentales a invocados, reconociendo la ineficacia de la terminación del contrato laboral y ordenando a su vez el reintegro del señor CHARRIS ROMERO, a un cargo que ofrezca iguales o mejores condiciones a las del cargo desempeñado y al pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario devengado al momento de la desvinculación.

Decisión fundamentada en las patologías padecidas por el actor que lo someten a un estado de debilidad manifiesta, al conocimiento que tenía la accionada del estado de salud del actor y a la existencia de un nexo causal entre el despido y su estado de salud.

DE LA IMPUGNACIÓN



Inconforme con la decisión del a quo, la parte accionada presentó impugnación bajo los mismos argumentos esgrimidos en el informe rendido durante el trámite de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo preceptuado por el actor corresponde analizar si:

¿Es procedente la acción de tutela para conceder las pretensiones de la parte actora, en virtud de la terminación del contrato de prestación de servicios suscrito con ESTIMA IPS, encontrándose en estado de embarazo? ¿Se dan los presupuestos jurídicos- fácticos para revocar el fallo impugnado?

CONSIDERACIONES

El Constituyente de 1991, se preocupó por constitucionalizar no sólo una completa declaración de derechos, sino por crear los mecanismos idóneos para su eficaz protección. La acción de tutela se estableció en la Constitución Política Colombiana, como un mecanismo residual, para aquellos casos de violación de Derechos Fundamentales en los cuales la persona afectada no tuviere ningún otro mecanismo para protegerlos.

A continuación, se exponen brevemente los derechos fundamentales cuya protección invoca el accionante.

EL DERECHO AL TRABAJO: La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

Desde el Preámbulo de la Constitución, se enuncia como uno de los objetivos de la expedición de la Constitución de 1991, el asegurar a las personas la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Es decir, el trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho. Es por ello que desde las primeras decisiones de la Corte Constitucional se ha considerado que *“Cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente en la construcción de la nueva legalidad”*.¹

Lo anterior implica entonces que dentro de la nueva concepción del Estado como Social de Derecho, debe entenderse la consagración constitucional del trabajo no sólo como factor básico de la organización social sino como principio axiológico de la Carta.

El artículo 25 de la Constitución Política dispone que *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”*

EL DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: Señalado en el Art. 49 de la Constitución Política. La salud es un derecho constitucional fundamental, no solamente, por guardar estrecha relación con los derechos a la vida, la integridad personal y la Dignidad humana, a partir de la sentencia T – 960 de 2008 la Corte Constitucional le dio ese carácter como derecho autónomo.

El reconocimiento de la salud como derecho fundamental se halla en consonancia con la evolución de su protección en el ámbito internacional.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-222 de 1992



DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA: Al respecto, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-320/16, señaló.

“El artículo 53 de la Constitución Política consagra el derecho a la estabilidad laboral como principio que rige todas las relaciones laborales y que se manifiesta en “la conservación del cargo por parte del empleado, sin perjuicio de que el empleador pueda dar por terminada la relación laboral al verificar que se ha configurado alguna de las causales contempladas en la ley como “justa” para proceder de tal manera o, que descrito cumplimiento a un procedimiento previo”

Teniendo en cuenta el estado de debilidad manifiesta en que se pueden encontrar aquellos trabajadores discapacitados o con afecciones en su salud, y con el objeto de brindarles una protección especial que les garantice la permanencia en su trabajo, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado a partir del principio de estabilidad en el empleo, el derecho a la estabilidad laboral reforzada; conforme al cual, el empleador sólo podrá desvincular al trabajador que presente disminución física o psíquica, cuando medie autorización del inspector del trabajo y por causa distinta a la de su padecimiento.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho a la estabilidad laboral reforzada consiste en: “ (i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz”

Así mismo, el artículo 47 constitucional dispone que el Estado adoptará políticas de previsión, rehabilitación e integración social de todas las personas con discapacidades físicas, sensoriales y psíquicas. Estas personas recibirán la atención especializada que requieran para vivir en condiciones de vida digna. De igual forma, el artículo 54 Superior le impone el deber a los empleadores y al Estado de garantizarles a las personas con discapacidad el derecho a trabajar en condiciones que se ajusten a sus condiciones de salud.

En concordancia con la anterior, el legislador a través del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”, dispuso que:

“En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

De esa manera se creó una protección especial para las personas que por cuestiones de salud se ven incapacitadas para cumplir con su trabajo en las condiciones que podrían hacerlo de no padecer los quebrantos a su



integridad. Con ello se garantiza la protección de actos discriminatorios en su contra.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-531 de 2000 declaró la exequibilidad del Artículo 26 de la Ley 361 de 1997 bajo el entendido que, en virtud de los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad, así como de especial protección constitucional en favor de personas con habilidades diversas, carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona en razón a su discapacidad, sin que exista autorización previa de la oficina del trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.

De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha aplicado la “presunción de desvinculación laboral discriminatoria” cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo. Ello en razón a que se hace necesario presumir que la terminación del contrato se fundó en la enfermedad del empleado, en la medida que es una carga desproporcionada para quien se encuentra en situación de vulnerabilidad.

De conformidad con lo anterior, y en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato, tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador.

En efecto, la Corte Constitucional ha entendido que esa protección especial debe ser considerada como una estabilidad laboral reforzada que conlleva a la reubicación del trabajador afectado en una posición laboral en la que puede potencializar su capacidad productiva, sin que su enfermedad o discapacidad sirvan de obstáculo para realizarse profesionalmente. Con ello se logra balancear los intereses del empleador al maximizar la productividad de sus empleados, mientras que el trabajador logra conservar su trabajo, garantizándole su vida en condiciones dignas y su mínimo vital.

Con todo, esta Corporación ha indicado que cuando se trata de personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta y que son discriminadas por su condición médica, la estabilidad laboral reforzada se convierte en el mecanismo idóneo para garantizar el derecho fundamental a la igualdad.

De acuerdo con lo anterior, la Corte ha indicado que la estabilidad laboral reforzada es un derecho que tienen todas las personas que por el deterioro de su salud se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Es decir que esta figura opera para cualquier trabajador que por su condición de salud, se vea afectada su productividad, sin que sea necesario que cuente con una discapacidad declarada, certificada y cuantificada por una junta de calificación médica, ni que su origen sea determinado.

Así lo sostuvo la Sala Octava de Revisión de Tutelas, cuando en la Sentencia T-394 de 2014 precisó que las consecuencias de despedir a una persona en situación de discapacidad y sin autorización del Ministerio del Trabajo son:

*“(i) que el despido sea absolutamente ineficaz;
(ii) que en el evento de haberse presentado éste, corresponde al juez ordenar el reintegro del afectado y,
(iii) que sin perjuicio de lo dispuesto, el empleador desconocedor del deber de solidaridad que le asiste con la población laboral discapacitada, pagará la suma correspondiente a 180 días de salario, a título de indemnización, sin que ello signifique la validación del despido”.*



Cuando un trabajador sufra de una afectación grave a su salud y por causa de ello se encuentre en una situación de debilidad manifiesta, no podrá ser despedido ni su contrato terminado hasta que no se constituya una justa causa, mientras persistan las condiciones que originaron la relación laboral y mientras que no se solicite la autorización de la autoridad laboral competente.

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha establecido que existe una presunción de violación a los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad, cuando el empleador termina el contrato de un trabajador que ha sufrido una afectación a su estado de salud, sin que mediara la autorización del Ministerio del Trabajo.

Para esta Sala, el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene lugar cuando, el trabajador es sometido a una variación intempestiva de su salud, o su situación económica y social. En atención a ello, si el empleador tiene la intención de despedir a una persona en estado de discapacidad, debe solicitar permiso al Ministerio del Trabajo.

Este procedimiento tiene fundamento en la aplicación de los principios del Estado Social de Derecho, la igualdad material y la solidaridad social, presupuestos supralegales que establecen la obligación constitucional de adoptar medidas en favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta por parte del Estado.

La Corte Constitucional ha fijado las reglas jurisprudenciales aplicables a los casos en que se discute la estabilidad laboral reforzada de personas discapacitadas, bajo tratamiento médico, o en situación de debilidad manifiesta y fueron compendiadas en la sentencia T-899 de 2014. En la mencionada providencia se indicó que:

“una persona en situación de debilidad manifiesta por deterioro en su estado de salud, será titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada cuando (i) se encuentre demostrado que padece de serios problemas de salud; (ii) cuando no haya una causal objetiva de desvinculación; (iii) subsistan las causas que dieron origen a la relación laboral; y (iv) el despido se haya hecho sin la autorización previa del inspector de trabajo.”

Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la estabilidad laboral reforzada también es aplicable a las relaciones laborales surgidas a partir de la suscripción de un contrato a término definido, motivo por el cual, el vencimiento de su término de duración no es razón suficiente para darlo por terminado cuando el empleado se encuentra en estado de debilidad manifiesta.

En este sentido, si el trabajador es un sujeto de especial protección constitucional, en los contratos a término fijo también es imperativo que el empleador acuda ante la oficina del Trabajo con el fin de obtener la autorización correspondiente para dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo pactado.”

PROTECCION A LA MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO Y/O LACTANCIA.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece en su artículo 25 que:

“la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”, entre tanto, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ratificado en Colombia a través de la Ley 74 de 1968, establece: “se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto”. Así mismo, el artículo 12.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), establece que “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados



en relación con el embarazo, el parto y el periodo posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario”.

La Constitución Nacional en su artículo 13, señaló la protección a grupos y población vulnerable, y en su artículo 43 señala como sujeto de especial protección del Estado a la mujer en estado de embarazo, durante el periodo de lactancia y después del parto, señalando entre otros, que “(...) *la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación (...)*”

La Sentencia SU070/13, respecto a la estabilidad laboral de la mujer en estado de embarazo, señala:

“FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE LA PROTECCION LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA O EN LACTANCIA/PROTECCION LABORAL REFORZADA DE MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA O EN LACTANCIA-Fuerza vinculante con instrumentos internacionales

La protección a la mujer durante el embarazo y la lactancia tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. En primer lugar, el artículo 43 contiene un deber específico estatal en este sentido cuando señala que la mujer “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada. En el mismo sentido, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y lactancia. Existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres. El segundo fundamento constitucional es la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo, habitualmente conocida como fuero de maternidad. El fin de la protección en este caso es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia. Un tercer fundamento de la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es. Ahora bien, la protección reforzada de la mujer embarazada, estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, buscando entre otros, “garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos”.

Referente al fuero de maternidad, también señala:



“FUERO DE MATERNIDAD-Permiso del inspector de trabajo para despedir a mujer embarazada o en periodo de lactancia

Con el fin de asegurar la eficacia de la prohibición de despedir a trabajadora embarazada o en periodo de lactancia, el artículo 240 del mismo Código prescribe que, para que el empleador pueda proceder a despedir a la mujer embarazada o lactante, debe solicitar previamente una autorización ante el Inspector del Trabajo o el Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. Esta autoridad sólo podrá otorgar el permiso si verifica la existencia de alguna de las justas causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, de esa forma se descarta la posibilidad de que la razón del despido sea el embarazo o la lactancia, es decir, se excluye la existencia de una discriminación.”

Sentencia T 030/18:

“4.2 Contrato de prestación de servicios

Finalmente, también se debe precisar que la Corte Constitucional previó el supuesto de vinculación de una mujer lactante o gestante, mediante contrato de prestación de servicios, en consecuencia, señaló que pese a que la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la existencia de un contrato realidad “el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral.”^[35]

Así pues, es menester determinar si en el caso concreto se estructuran los elementos de un contrato de trabajo, independiente de la denominación que el empleador adopte^[36].

“[L]a jurisprudencia de la Corte ha reconocido que los elementos que configuran la existencia de un contrato de trabajo, son (i) el salario, (ii) la continua subordinación o dependencia y (iii) la prestación personal del servicio. Por lo tanto, si el juez de tutela concluye la concurrencia de estos tres elementos en una vinculación mediante contrato de prestación de servicios de una trabajadora gestante o lactante, podrá concluirse que se está en presencia de un verdadero contrato de trabajo.”^[37]

Adicionalmente, advirtió la jurisprudencia en cita que en el caso de contratos de prestación de servicios celebrados con el Estado con personas naturales, este solo opera cuando “para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden”.

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

En la sentencia T-350 de 2016, la Corte dispuso que las mujeres en embarazo o en lactancia que desarrollen sus labores bajo la modalidad de prestación de servicios, no pueden ser despedidas tras el argumento que el plazo llegó a su fin, toda vez que el empleador debe demostrar que no subsiste el objeto para el cual se suscribió el contrato, y que las causas que originaron la contratación desaparecieron:



“En todo caso, la Sala considera que en el evento en que el objeto de la prestación de servicios no desaparezca, debe entenderse que la madre gestante o en periodo de lactancia tiene derecho al pago de honorarios desde el momento mismo de la renovación de contratos, o la firma de otros distintos que encubren la continuidad en el desarrollo del mismo.”

“(…) MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral. Si bien la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la configuración de un “contrato realidad”, pues “existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales [se] puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral”, en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela. En el caso de contratos de prestación de servicios celebrados por el Estado con personas naturales, debe advertirse que éste únicamente opera cuando “para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden”. Por esta razón, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que si en el contrato de prestación de servicios, privado o estatal, se llegare a demostrar la existencia de una relación laboral, “ello conllevaría a su desnaturalización y a la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo; a los artículos 1, 2 y 25 de la Carta; además a los principios de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, al de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y al de la estabilidad en el empleo.” Con todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las característica del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.(…)” Resaltado fuera de texto.

4. Con todo, también es preciso memorar los postulados del numeral 1° del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo que prevé: “El contrato de trabajo se suspende: 1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución”.

Así, el artículo 64 del Código Civil, define la fuerza mayor o caso fortuito como: “el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”.

En punto a ello, ha precisado el Alto Tribunal Constitucional que “al declararse la suspensión de los contratos laborales, el trabajador deja de prestar los servicios para los que fue contratado y como consecuencia de ello dejar de percibir el salario que le corresponde, razón más que suficiente para afirmar entonces, que es el empleador quien tiene la obligación de continuar con la prestación del servicio en salud, ya que a consecuencia de la suspensión, el trabajador no se puede ver afectado en sus garantías laborales mínimas que se encuentran reconocidas en las normas laborales vigentes pues



este ordenamiento jurídico busca proteger a la parte débil de la relación laboral que puede verse afectada en sus derechos e intereses”²

Relativo a la suspensión del contrato de trabajo a una mujer en estado de Gravidéz, el mismo Cuerpo Colegiado ha señalado: *“es pertinente advertir que, al tratarse de sujetos de especial protección constitucional, cuando en el marco de una relación de trabajo el empleador decide adoptar una decisión relativa a la vigencia del vínculo laboral de la mujer embarazada, se debe contar con la autorización del Inspector del Trabajo, por lo que no es viable acudir a la figura de la suspensión como un medio para eludir el control de la autoridad laboral”³.*

CASO CONCRETO

El caso *sub-examine*, se contrae a verificar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales invocados por la señora BEAUTY DAYANA RUDAS MOSQUERA, en contra de ESTIMA IPS., con ocasión de la culminación de su contrato de prestación de servicios con dicha entidad, encontrándose en estado de gravidéz.

Esta agencia judicial considera acertados los planteamientos expuestos por el A quo en sentencia de primera instancia, en el sentido que de las pruebas allegadas al plenario no se demuestra la existencia de un contrato realidad entre la actora y la entidad accionada, no siendo entonces el juez constitucional quien deba definirlo y para lo cual deberá acudir al juez ordinario a fin de dirimirlo.

Ahora bien, lo que sí resulta evidente es la existencia de un contrato de prestación de servicios cuya ejecución se desarrolló entre el 01 de agosto de 2019 hasta el 15 de julio de 2020, para la prestación de servicios de neuropsicología, encontrándose acreditado el estado de gravidéz de la actora quien a la fecha de su solicitud de amparo, contaba con un periodo de gestación de más de 15 semanas.

Se evidencia que la terminación del contrato de prestación de servicios entre la actora y ESTIMA IPS se dio antes de lo acordado, es decir el 01 de junio de 2020, sin justificación alguna y aun cuando venía desempeñando las labores encomendadas desde casa, actividades que bien podría seguir desarrollando de la misma forma, sin necesidad de acudir hasta el sitio de trabajo, señalándole que de no firmar un paz y salvo, no le sería cancelado el mes de mayo de 2020, lo cual en efecto sucedió toda vez que no se evidencia que ese mes haya sido cancelado.

Señala la entidad accionada, que fue la actora quien decidió no continuar con la relación contractual de forma presencial y que resultaba obligatorio conforme a los requerimientos que así lo exigían, no obstante, no obra dentro del plenario prueba siquiera sumaria que nos conlleve a determinar cómo ciertas tales afirmaciones, siendo importante señalar, que para el Despacho resulta indignante la actitud adoptada por la accionada ESTIMA IPS, el proceder a dar por terminado un contrato de prestación de servicios a una mujer que se encuentra en estado de gravidéz en medio del estado de emergencia declarado por cuenta de la pandemia del COVID 19.

Por otro lado, aun cuando resultaba evidente el estado de gravidéz de la actora y que del mismo, la entidad accionada tenía conocimiento, debiendo entonces demostrar que habían desaparecido las causas que habían originado la suscripción del contrato, ello teniendo en cuenta que la sentencia T-350 de 2016, de la Corte Constitucional señala de forma expresa que las mujeres en estado de embarazo o en lactancia que desarrollen sus labores bajo la modalidad de prestación de servicios, tal como es el caso que nos ocupa, no podrán ser despedidas bajo el argumento de la finalización del plazo, lo cual en efecto no se evidencia, toda vez que a juzgar por las pruebas allegadas al plenario, la terminación del contrato de prestación de servicios, antes de su finalización, obedeció a una solicitud de cambio de terapeuta elevada por la actora, es decir, no se cumple con dicha condición, la Sentencia antes citada, señala que:

² Sentencia T-048 de 2018 Corte Constitucional

³ Sentencia T-395 de 2018 Corte Constitucional



“En todo caso, la Sala considera que en el evento en que el objeto de la prestación de servicios no desaparezca, debe entenderse que la madre gestante o en periodo de lactancia tiene derecho al pago de honorarios desde el momento mismo de la renovación de contratos, o la firma de otros distintos que encubren la continuidad en el desarrollo del mismo.”

Tenemos entonces, que nuestro ordenamiento jurídico, a través de instrumentos internacionales ratificados por Colombia y diversa jurisprudencia de la Corte Constitucional, se han dispuesto medidas a fin de evitar la discriminación de la mujer en embarazo o la lactancia, medidas que tienen como objetivo otorgar a la mujer en estado de gravidez las herramientas a fin de obtener la protección de su derecho a la estabilidad laboral reforzada, siendo esta una herramienta a fin de asegurar los ingresos económicos que garanticen unas condiciones de vida dignas tanto a ella, como al que está por nacer y/o al recién nacido.

Estudiados los hechos y analizadas las pruebas allegadas al trámite de la acción constitucional, así como la terminación unilateral del contrato de prestación de servicios sin justificación alguna y teniendo en cuenta el estado de gravidez de la actora, concluye esta agencia judicial la viabilidad de conceder la presente solicitud de amparo, al acreditarse la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante y el niño que esta por nacer, por parte de la accionada ESTIMA IPS, entidad que con su actitud arbitraria va en contravía de lo dispuesto por la Corte Constitucional en jurisprudencia ya citada y que es de obligatorio cumplimiento para particulares, servidores públicos y operadores judiciales.

En esa medida, dada la orientación discriminatoria de los actos de la entidad accionada, es preciso conceder el amparo solicitado, confirmando el fallo proferido en sede de primera instancia.

Con este panorama de fondo, esta agencia judicial concluye que fueron acertados los argumentos adoptados por el A quo y por ello, se procederá a confirmar el fallo proferido en primera instancia el 30 de junio de 2020 por el JUZGADO PROMISCO MUJICPAL DE SABANAGRANDE dentro de la acción de tutela impetrada por la señora BEAUTY DAYANA RUDAS MOSQUERA, en contra de ESTIMA SAS IPS.

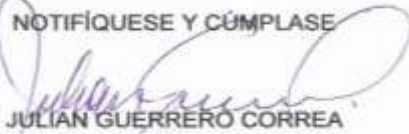
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL JUZGADO SEGUNDO CIVIL CIRCUITO DE SOLEDAD, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes el fallo de primera instancia proferido el 30 de junio de 2020 por el JUZGADO PROMISCO MUJICPAL DE SABANAGRANDE dentro de la acción de tutela impetrada por la señora BEAUTY DAYANA RUDAS MOSQUERA, en contra de ESTIMA SAS IPS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Notificar ésta providencia a las partes, así como al señor Defensor del Pueblo de la Ciudad y al juez a quo, por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: Remítase el expediente a la Honorable corte constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1.991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JULIAN GUERRERO CORREA
JUEZ



Firmado Por:

JULIAN ENRIQUE GUERRERO CORREA
JUEZ
**JUEZ - JUZGADO 002 DE CIRCUITO CIVIL DE LA CIUDAD DE SOLEDAD-
ATLANTICO**

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:
dab62bc33ed34e3df05a6a16ccbf34829cebf0bd31e3d2fa390782bcb0c1255d
Documento generado en 12/08/2020 05:56:14 p.m.