



CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DEL ATLÁNTICO
JUZGADO PROMISCO MU NICIPAL DE SABANAGRANDE-ATLÁNTICO

Sabanagrande, 30 de junio de 2020

Radicado	08-634-40-89-001-2020-00087-00
Acción	TUTELA
Demandante	BEAUTY DAYANA RUDAS MOSQUERA
Demandado	ESTIMA S.A.S. IPS
Juez (a)	KAROL NATALIA ROA MONTALVO

INFORME SECRETARIAL: Señor Juez a su Despacho la presente acción de tutela, presentada por BEAUTY DAYANA RUDAS MOSQUERA, informándole que se encuentra pendiente decidir.

Sírvase proveer.

**ADRIANA ROCIO DUSSAN THERAN
SECRETARIA**

**JUZGADO PROMISCO MU NICIPAL DE SABANAGRANDE, TREINTA (30) DE
JUNIO DE DOS MIL VEINTE (2020).**

I. ASUNTO A TRATAR

Decide el Despacho la **ACCIÓN DE TUTELA** instaurada por **BEAUTY DAYANA RUDAS MOSQUERA** contra **ESTIMA S.A.S. IPS**, y como entes vinculados **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.**

II. ANTECEDENTES

III.

1. Dentro de la relación fáctica que diera origen a la tutela arriba referenciada, se indica por parte de la accionante:

“(...) 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 tiene la subordinación del contrato, pues eran ellos quien 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 Gobierno nacional con el establecimiento del aislamiento obligatorio.

5) A partir del 27 de marzo de 2020 la empresa ESTIMA SAS me asigno 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 disminuimos 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. (...)*

2. **Se alegan como derechos fundamentales conculcados**

Los enunciados en el escrito de tutela tales como el trabajo, el mínimo vital y la vida digna, consagrados en la Constitución Política.

3. **Actuación surtida**

a. Cumplidos los requisitos de Ley para el efecto, el Despacho admitió a trámite la presente acción mediante auto del doce (12) de junio de dos mil veinte (2020), oportunidad en la que se vinculó al **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.** y se les requirió, al igual que a la accionada a fin de que se manifestara respecto de los hechos acá denunciados.

a. Posteriormente, en autos de fecha 25 de junio de 2020, en atención a la respuesta allegada por la accionada **ESTIMA S.A.S. IPS**, se ordenó la vinculación del **CENTRO MÉDICO COGNITIVO E INVESTIGACIÓN CMC S.A.S.**, y, se abrió a pruebas la presente solicitud de amparo, en aras de aclarar los hechos objeto de la misma.

b. Dentro de la oportunidad legal, la accionada **ESTIMA S.A.S. IPS**, contestó:

“(...) 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 Justicia 1, 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, las cuales, se venían realizando conforme al objeto contratado. La entidad de salud que*



represento, 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 servicios 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 CONTRATASTES 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. En la primera se obtiene un CI Verbal y un CI de Ejecución, para sacar el CI TOTAL, en la segunda, además de las dos escalas Verbal y de Ejecución, se evalúa el CI de Velocidad de procesamiento. La de 2 a 3 años, por vía virtual no se 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.

La de 4 a 7 años, se puede aplicar virtual todas las subpruebas de la Escala Verbal (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: Por vía virtual puede ser aplicada toda la Escala que evalúa CI Verbal y toda la escala que evalúa CI Memoria de Trabajo. La Escala 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. El CI de Velocidad de Procesamiento debe 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: Por vía virtual puede ser aplicada toda 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 tenida 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 informale 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 mo vo no podré cumplir con mi
agenda para este día. esperando su comprension y
atencion quedo atenta a sus comentarios. BEAUTY DAYANA
RUDAS MOSQUERA CANDI DATA A MAGI STER NEUROPSI COLOGI A PSI
COLOGÍ A TEL: 3007713270 UNI VERSI DAD??SI M??N??BOL??VAR?? Libre de
virus. www.avast.com

3. *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. (...)*

c. A su turno, la E.P.S. SALUD TOTAL, adujo en lo medular, que:

*(...) 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.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. (...)*

d. Por su parte, EL ESTABLECIMIENTO DE SANIDAD MILITAR 1034, indicó:

INFORME SOBRE LOS HECHOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA:

Entre el Establecimiento de Sanidad Militar 1034 y la empresa ESTIMA S.A.S IPS, existe un contrato, celebrado el seis (06) de febrero de dos mil veinte (2020), con plazo de ejecución hasta el treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020), cuyo objeto es la "Prestación de servicios de atención médica y rehabilitación integral de niños, niñas y adolescentes con capacidades diversas, y demás usuarios del subsistema de salud de las fuerzas militares - ESM 1034 que lo requieran, a través de consulta de neuropsicología y controles, intervención conjunta con participación de fisiatría y dos o más profesionales, servicios de atención integral de fisioterapia, fonoaudiología, terapia ocupacional, terapia conductual – comportamental - cognitiva, psicología, terapia multisensorial (integración sensorial), rehabilitación visual, rehabilitación auditiva (rehabilitación auditivo – verbal para implante coclear) y talleres prevocacionales".

Con ocasión de las medidas de aislamiento social obligatorio (cuarentena), ordenadas por el Gobierno Nacional, el 13 de abril de 2020, se modificó el Anexo Técnico del contrato para incluir la modalidad de teleconsultas y/o atención en domicilio, de la siguiente manera:

#	DESCRIPCIÓN DEL SERVICIO
1	Terapia física tele consulta
2	Terapia ocupacional tele consulta
3	Fonoaudiología tele consulta
4	Psicología cognitivo comportamental tele consulta
5	Rehabilitación auditiva tele consulta
6	Consulta Psiquiatría Infantil por primera vez tele consulta
7	Consulta Psiquiatría Infantil control tele consulta
8	Psicología cognitiva conductual tele consulta
9	Terapia Física Domiciliario
10	Terapia Ocupacional Domiciliario
11	Fonoaudiología Domiciliario
12	Psicología cognitivo comportamental Domiciliario

En cuanto a las "Pretensiones", nos abstenemos de pronunciarnos al respecto, puesto que no nos compete intervenir en una controversia de índole contractual, en la cual el Establecimiento de Sanidad Militar 1034 no tiene información, ni injerencia alguna.

e. De otro lado, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, señaló:



*“(...) 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. (...)*

f. De otro lado, el **MINISTERIO DE TRABAJO-TERRITORIAL ATLANTICO, MINISTERIO DE SALUD y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, E.P.S. SUR, y, CENTRO MÉDICO COGNITIVO E INVESTIGACIÓN CMC S.A.S.**, dentro de la oportunidad legal conferida guardaron silencio.

4. Problema Jurídico

Le compete al Despacho establecer si en el presente caso se vulneraron o no los derechos fundamentales de la señora **BEAUTY DAYANA RUDAS MOSQUERA**, por parte de las accionada **ESTIMA S.A.S. IPS**, tras terminar su contrato de trabajo pese a encontrarse en estado de gravidez.

Así pues, comentado como se encuentra el trámite dado a la presente acción se procede a emitir la respectiva determinación de fondo, previas las siguientes,

III CONSIDERACIONES

1. El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como un mecanismo al cual tiene acceso toda persona para reclamar en cualquier momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos fundamentales en el evento en que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos establecidos en la ley. Esta disposición superior está reproducida en el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991.

2. El Estado colombiano se ha obligado a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y lactancia. Para mayor ilustración, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 25, señala que *“la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”*, mientras que el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por Colombia a través de la Ley 74 de 1968, señala que *“se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto”*. Por su parte, 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”*.

Acorde con lo anterior, la Constitución Colombiana desarrolló una cláusula de especial protección a los grupos de población vulnerable –art. 13- y la disposición superior del artículo 43 según el cual la mujer, durante el embarazo y después del parto, goza de una especial protección por parte del Estado y recibirá de éste un subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. En este sentido, las normas aludidas no diferencian si se trata de una madre cabeza de familia o de cualquiera otra mujer, pues ambas han sufrido a lo largo de la historia occidental exclusiones en razón al embarazo, al parto y a la lactancia. De esta forma, el constituyente reconoció que la mujer ha sido discriminada por razones de género, motivo por el que, en el citado artículo estableció que *“(...) la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación(...)*” y a continuación hizo énfasis en la protección de que goza *durante y después del parto*, lo que permite señalar que el embarazo y parto han sido fuentes de discriminación para la mujer y que es deber de



todas las autoridades tomar las medidas pertinentes cuando por motivo de la gravidez se producen actos que a todas luces son abusos y maltratos contra la mujer.

3. No sobra advertir, que el artículo 13 de la Constitución consagró como una de las obligaciones del Estado “(...) *sancionar los abusos o maltratos que contra [las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta] se cometan*”. Con sustento en las normas citadas, la Corte Constitucional ha sido enfática en definir la licencia de maternidad como un elemento idóneo para salvaguardar derechos fundamentales de la madre y del neonato, pues se trata de una protección especial conferida a las mujeres – sin diferenciar si son o no madres cabeza de familia- durante la etapa de la maternidad para que puedan recuperarse del esfuerzo físico y psicológico que acarrea el proceso de gravidez y de parto, así como para que puedan brindarles el cuidado necesario a sus hijos recién nacidos.¹

En este orden de ideas, tal prestación es inescindible de derechos tales como la vida digna, el mínimo vital y la salud de la madre y el recién nacido. Por esto, los mismos imperativos supra legales aplicables en el territorio colombiano y las leyes que los desarrollan no desconocen la importancia de la licencia de maternidad y no pueden ser interpretados de forma contraria. En conclusión, aun cuando la licencia de maternidad es una prestación económica y para acceder a la misma sea necesario cumplir determinados requisitos previamente establecidos, el pago de tal prestación configura un derecho fundamental, siendo así susceptible de protección por vía de acción de tutela.

Ahora bien y para el caso bajo análisis, conviene recordar que en Sentencia SU-075 de 2018 la Corte Constitucional unificó la jurisprudencia en la que estableció dos aspectos fundamentales a saber para determinar el alcance de la protección constitucional a la mujer en estado de embarazo por vía de tutela, esto es: “**(i) La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo procede cuando se demuestre, sin ninguna otra exigencia adicional, lo siguiente: (a) La existencia de una relación laboral o de prestación y; (b) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación. (ii) No obstante, el alcance de la protección se debe determinar a partir de dos factores: (a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador; y (b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada**”.

De otro lado, la Sentencia SU 070 de 2013, estipuló: “**DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Es aplicable a todas las trabajadoras sin importar la relación laboral que se tenga o la modalidad del contrato**”

*Respecto de algunas modalidades de vinculación, el ordenamiento jurídico colombiano le confiere a los empleadores cierta libertad para no prorrogar los contratos a término fijo que suscriben con los(as) trabajadores. Esta libertad, sin embargo, no es ilimitada y tampoco puede entenderse con independencia de los efectos que la misma esté llamada a producir sobre la relación entre unos y otros. En aquellos eventos en los cuales el ejercicio de la libertad contractual, trae como consecuencia la vulneración o el desconocimiento de valores, principios o derechos constitucionales fundamentales, entonces la libertad contractual debe ceder. En ese orden de argumentación, ha dicho la Corte Constitucional que la protección de estabilidad laboral reforzada a favor de las mujeres trabajadoras en estado de gravidez se extiende también a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo, e incluso por contratos de trabajo o prestación a término fijo. **Esto responde igualmente a la garantía establecida en el artículo 53 de la Constitución, de acuerdo con la cual, debe darse prioridad a la aplicación del principio de estabilidad laboral y de primacía de la realidad sobre las formas,***

¹ Al respecto consultar, entre otras, las siguientes sentencias: T-022 de 2007, T-906 de 2006, T-383 de 2006, T-603 de 2006, T-947 de 2005



así como a la protección de la mujer y de la maternidad (art. 43 C.N). (Resaltado fuera de texto).

En esta misma sentencia, se establecieron normas con respecto a la mujer embarazada y el tipo de relación laboral:

(...) MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO A TERMINO FIJO-Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de mujer embarazada

Cuando el empleador conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan dos situaciones: 1 Si la desvincula antes del vencimiento del contrato sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación. Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa el vencimiento del plazo pactado: En este caso el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T. Cuando el empleador NO conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan tres alternativas: Si la desvincula antes del vencimiento del contrato, sin alegar justa causa: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Adicionalmente se puede ordenar por el juez de tutela que se paguen las indemnizaciones por despido sin justa causa. Si la desvincula antes del vencimiento del contrato PERO alega justa causa distinta a la modalidad del contrato: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa casusa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral. Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando esto como una justa causa: En este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. En este caso no procede el pago de los salarios dejados de percibir, porque se entiende que el contrato inicialmente pactado ya había terminado.(...)"

(...) 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.

5. Decantados los anteriores fundamentos jurisprudenciales y de cara al *sub-examine*, se tiene que lo perseguido por la accionante, a través del presente trámite constitucional, es que se ordene su reintegro para realizar sus funciones como neuro psicóloga en la accionada Estima IPS.

² Sentencia T-048 de 2018 Corte Constitucional

³ Sentencia T-395 de 2018 Corte Constitucional



Es preciso señalar que en el asunto sub examine se debe verificar, si en la relación contractual de la Señora Beauty Rudas Mosquera con la accionada Estima IPS, se configuran los tres (3) elementos de la relación laboral, que permita inferir a este Despacho que nos encontramos en presencia de un contrato realidad.

A efectos de realizar tal ejercicio, se debe indicar que el primero de los elementos, que es la prestación personal del servicio, efectivamente se encuentra cumplida, en virtud de la ejecución de la labor pactada, la cual no podía delegar; en cuanto a la remuneración como contraprestación, esta se deduce de los rubros que por concepto de honorarios percibe el Señor Rudas Mosquera y finalmente en lo que se refiere a la subordinación, considera este Despacho que del acervo probatorio allegado, no refulge claramente, tal elemento. Ello por cuanto, no se acreditó de manera inequívoca que la dirección ejercida por la accionada Estima EPS, excediera de la mera coordinación de las actividades encomendadas o el cumplimiento del horario que la labor exija; ni se obtuvo certeza de una relación de continua dependencia que implicara, la potestad del accionado, de exigir las variables de modo, tiempo y cantidad y/o la imposición de reglamentos en la labor desempeñada. Máxime que conforme lo señalado por la entidad accionada, la accionante realizaba la atención, bajo los protocolos y pruebas suministradas por esta en Neurociología, para lo cual contaba con autonomía de manejo de su horario para atender las actividades encomendadas, incluso, se hizo alusión a la existencia de una relación contractual adicional con entidad distinta a la IPS accionada, sin que pudiese establecerse que actualmente estuviese vigente la relación contractual alegada.

Así las cosas, en el asunto bajo estudio, el Juez constitucional no cuenta con el acervo probatorio, que le permita colegir de manera inequívoca la existencia o no de un contrato realidad: Surgiendo la necesidad de acudir ante el Juez Ordinario Laboral, para que luego de desplegar la actividad probatoria del caso, establezca la existencia o no del contrato realidad.

De otro lado, se tiene que atendiendo a los elementos probatorios aducidos a la actuación, se encuentra demostrado que, la señora Beauty Dayana Rudas, inició la ejecución del contrato, el primero (1º) de agosto de dos mil diecinueve (2019) en la empresa accionada ESTIMA S.A.S. IPS. Contrato de prestación de servicios profesionales independientes a término fijo hasta el quince (15) de julio de dos mil veinte (2020), para prestar sus servicios como neuropsicóloga; de igual manera se acreditó, que se encuentra en estado de gestación, con quince (15) semanas y tres (3) días a la fecha de presentación de esta acción de tutela, según lo afirmado por la accionante en su escrito; además señala la accionante que el primero (1º) de junio del año que avanza, le fue terminado el contrato, a través de un paz y salvo entregado, sin ningún tipo de explicación y/o justificación, aun cuando la labor desempeñada se puede seguir desarrollando desde su casa, que de igual manera en dicho escrito, le indicaron que no podía acudir a la oficina de trabajo, y, que si no firmaba el documento no le sería cancelado el mes de mayo de 2020, situación que así aconteció, toda vez que no se demostró que este mes le haya sido cancelado.

Desde esa perspectiva, bien pronto se observa, sin previo a auscultar los medios probatorios que obran en la actuación, que el amparo constitucional deviene procedente muy a pesar de la contingencia que a nivel mundial se vive por cuenta del COVID-19, y que de contera tras configurarse circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito conllevan a la terminación y/o suspensión de los contratos de trabajo.

Y ello es así, por el simple hecho del estado de gravidez de la señora Beauty, que la hace sujeto de especial protección constitucional; y, por ende, acreedora de una estabilidad laboral reforzada, situación que de tajo fue desconocida por la accionada IPS ESTIMA S.A.S., con la conducta que se desplegó y que afectó sus derechos, relativa a terminar su contrato de forma unilateral, sin previa autorización por parte del Inspector de Trabajo, lo que se traduce en una palmaria transgresión a los derechos fundamentales que ella invocó.



Es menester señalar, que si bien es cierto que la accionada en su contestación indicó, que no habían terminado la relación contractual con la accionante, y, que era ella quien no había querido continuar con su labor teniendo en cuenta que esta debía hacerse de manera presencial, por los requerimientos que en particular así lo obligan, lo cierto es que no allegó prueba siquiera sumaria de esta aseveración, por lo que no logró desvirtuar lo afirmado por la señora Rudas Mosquera, en el escrito de tutela, sobre su despido, por ende esta Juzgadora, entiende que cesó la relación existente entre la accionante y la empresa IPS ESTIMA S.A.S., aun y a pesar de su estado de embarazo.

Ahora bien, no se puede pasar por alto que mediante Circular 022 del diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020), el Ministerio de Trabajo señaló que es al Juez de la República a quien corresponde verificar la existencia de una fuerza mayor o caso fortuito para la procedencia de la suspensión de los contratos de trabajo por cuenta de la pandemia actual que atraviesa el mundo, de tal manera que se debe indicar, que en este especialísimo caso, la accionante se encuentra en una condición particular, y es su estado de embarazo; y, que por tal circunstancia, no le era dable a contratante, interrumpir su relación contractual, sin acudir previamente al Inspector del Trabajo para solicitar autorización con ese fin, puesto que constitucionalmente el trato a una mujer en estado de gravidez es totalmente diferente con independencia de la situación de contingencia mundial actual.

Por si fuera poco, de los elementos de prueba allegados a la actuación, brilla por su ausencia medio de prueba alguno que demuestre que la sociedad accionada IPS ESTIMA SAS, se encontrara imposibilitada para continuar con el vínculo contractual con aquella; y, mucho menos, que no le era dable ejercer su objeto social, en razón al aislamiento preventivo obligatorio decretado en virtud al estado de emergencia sanitaria por cuenta del CORONAVIRUS, lo que se debía acreditar era que no podía hacer uso de las *“Medidas de protección al empleo con ocasión de la fase de contención de COVID-19 y de la declaración de emergencia sanitaria”*, consagradas en la Circular 021 de diecisiete (17) de marzo de dos mil veinte (2020), emanada del Ministerio de Trabajo, esto es, trabajo en casa, teletrabajo, jornada laboral flexible, vacaciones anuales, anticipadas o colectivas, permisos remunerados-salario sin remuneración del servicio y salario sin prestación del servicio, para sostener así los contratos laborales con sus empleados.

En este punto, nótese que si bien la accionada IPS ESTIMA SAS, adujo que la labor desempeñada por la accionante, como neuropsicóloga no podía continuar efectuándose de manera virtual en atención a la especialidad, lo cierto es, que no demostró que se hubieran planteado otras alternativas a la accionante, en aras de evitar acudir a la figura de la terminación del contrato y menos aun conociendo su estado de embarazo.

Así las cosas, resulta pertinente otorgar una protección especial a la trabajadora en estado de gestación, así como a su hijo por nacer, por lo que, atendiendo a que la accionada IPS ESTIMA S.A.S., conocía de su condición y no se demostró la autorización previa por el inspector del trabajo para terminar el contrato de la señora Beauty Rudas Montenegro, en virtud a su protección derivada del fuero de maternidad, se considera la ineficacia del mismo, en atención a la jurisprudencia anteriormente indicada, y lo consagrado en el artículo 239 del CST: *“(…) 1. Si la desvincula antes del vencimiento del contrato sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación (...)”*, luego se ordenará a la accionada IPS ESTIMA S.A.S., que proceda a reanudar el contrato de prestación de servicios suscrito con la accionante y, en consecuencia, haciendo uso para ello de alguna de las medidas de protección consagradas en la Circular 021 de diecisiete (17) de marzo de dos mil veinte (2020),



emanada del Ministerio de Trabajo como trabajo en casa, teletrabajo y/o jornada laboral flexible.

De otro lado, y en lo que concierne al pago de honorarios dejados de percibir, se debe indicar que no se acreditó un perjuicio irremediable que amerite que el Juez de Tutela, a través de esta acción constitucional ordene el reconocimiento de los mismos.

Finalmente, en cuanto a las vinculadas **MINISTERIO DE TRABAJO-TERRITORIAL ATLANTICO, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, MINISTERIO DE SALUD y DE LA PROTECCION SOCIAL, EPS SALUD TOTAL, ESTABLECIMIENTO DE SANIDAD MILITAR 1034, EPS SURA, y CENTRO MEDICO COGNITIVO E INVESTIGACION CMC S.A.S.**, se observa que no han vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante, por lo que se desvincularan de la presente acción constitucional.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE SABANAGRANDE-ATLANTICO**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR a la accionante **BEAUTY DAYANA RUDAS MOSQUERA**, de condiciones civiles conocidas en autos, los derechos fundamentales a la estabilidad reforzada de mujer en estado de gestación y al mínimo vital en conexidad con la salud por el accionar de la accionada **ESTIMA S.A.S. IPS**, atendiendo para ello las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR, a las accionada **ESTIMA S.A.S. IPS.**, para que en un término no mayor de cuarenta y ocho (48) horas, procedan a reanudar el contrato de prestación de servicios, suscrito con la señora **BEAUTY DAYANA RUDAS MOSQUERA**, en el desempeño de funciones iguales o en similares condiciones al que venía desempeñando al momento de la terminación del contrato, haciendo uso para ella de alguna de las medidas de protección consagradas en la Circular 021 de diecisiete (17) de marzo de dos mil veinte (2020), emanada del Ministerio de Trabajo como trabajo en casa, teletrabajo y/o jornada laboral flexible.

TERCERO: DESVINCULAR de la presente acción constitucional al **MINISTERIO DE TRABAJO-TERRITORIAL ATLANTICO, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, MINISTERIO DE SALUD y DE LA PROTECCION SOCIAL, EPS SALUD TOTAL, ESTABLECIMIENTO DE SANIDAD MILITAR 1034, EPS SURA, y CENTRO MEDICO COGNITIVO E INVESTIGACION CMC S.A.S.**, en atención a lo expuesto.

CUARTO: ORDENAR que se comunique a los interesados lo anterior por el mecanismo más expedito y eficaz (oficio o telegrama).

QUINTO: ORDENAR a la secretaría la expedición de copias de toda la actuación aquí surtida para efectos de un eventual incumplimiento por parte de la entidad accionada.

SÉXTO: REMITIR oportunamente el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada oportunamente. Obsérvese por secretaria celosamente lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991⁴, relativo al oportuno cumplimiento de la orden contenida en el presente numeral.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

⁴ En ambos casos, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo de segunda instancia, el juez remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.



Karol Natalia Roa Montalvo
KAROL NATALIA ROA MONTALVO
JUEZ