

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
JUZGADO PRIMERO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES
DE BOGOTÁ

Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil veinte (2020)

**ACCIÓN DE TUTELA N°. 2020 - 00316 DE YULY MARCELA VARÓN HERRERA
CONTRA AGEMSER CALLEJA Y CIA LTDA, VINCULADAS: COMPENSAR EPS, IDIME
SA Y MINISTERIO DE TRABAJO.**

ANTECEDENTES

YULY MARCELA VARÓN HERRERA solicitó la protección constitucional por vía de tutela de sus derechos fundamentales al trabajo, seguridad social, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada, y como consecuencia de ello, se ordene a la accionada su reubicación laboral, el pago de salarios dejados de percibir, realizar el pago de seguridad social y la sanción por incumplimiento de las leyes laborales.

Con fundamento de su solicitud, sostuvo que es una mujer de 31 años que vive en la ciudad de Bogotá con su pareja y su menor hija. Así mismo, que debido a la pandemia actualmente su cónyuge y ella no cuentan con ningún ingreso económico que permita suplir sus gastos personales.

Señaló que comenzó a laborar para la empresa **AGEMSER CALLEJA Y CIA LTDA** desde el día 16 de enero de 2020, bajo un contrato de trabajo a término fijo por un tiempo renovable a 12 meses siendo enviada en misión cumpliendo la función de empleada doméstica y recibiendo una remuneración de \$877.803 más \$102.854 por concepto de subsidio de transporte.

Indicó que en marzo de 2020 debido a la pandemia el subcontratista desistió de sus servicios, por lo cual se comunicó con la empresa accionada solicitando su reubicación laboral o se realizara el pago de la liquidación e indemnización correspondiente a la Ley.

Afirmó que la accionada le indicó que debería renunciar para obtener el pago de la liquidación, dado que la empresa no podía reubicarla, por lo que consideró que la empresa la indujo a renunciar al cargo.

Declaró que el 17 de abril de 2020 una funcionaria de la accionada le indicó como opción liquidarla momentáneamente para ser contratada en el futuro, a lo cual se negó, dado que el usuario para el cual prestó sus servicios le informó que había pagado la cláusula de incumplimiento a la temporal siendo el deber de esta reubicarla o indemnizarla.

Indicó que si bien la accionada el 06 de mayo de 2020 le ordenó presentarse a una empresa ubicada en Siberia – Cundinamarca, la accionante se negó dado que con ocasión de la emergencia sanitaria la ciudad se encontraba confinada, además que teniendo en cuenta su lugar de residencia, se encontraba en la imposibilidad de transportarse hasta ese lugar.

Sostuvo que el día 07 de mayo radicó queja ante el Ministerio de Trabajo con el fin de ser asesorada; no obstante, informó que no ha recibido respuesta por parte de dicha entidad y que sus funcionarios únicamente le sugirieron comunicarse con la empresa accionada de manera escrita.

Por lo anterior, manifestó que remitió derecho de petición el día 05 de junio de 2020 a la compañía accionada, en el cual solicitó aclaración respecto de su contrato de trabajo y la información necesaria para ser reubicada en otro lugar para desempeñar su trabajo.

Señaló que sin respuesta alguna, se comunicó con la empresa el 12 de agosto de 2020, y que recibiendo una atención desinteresada por parte de las funcionarias de la empresa, se asesoró de un abogado quien se comunicó con la empresa accionada y solicitó dar respuesta al derecho de petición presentado, el cual fue contestado el día 20 de agosto de 2020 en el que señalaron que la terminación de la relación laboral sucedió el día 01 de abril de 2020, y que se había realizado el pago de su liquidación, situación que nunca ocurrió.

Informó que radicó una nueva petición el día 24 de agosto de 2020, haciendo alusión de las incongruencias con la información presentada en la respuesta anterior, y en respuesta de fecha 16 de septiembre de 2020 le indicaron que se podría acercarse a la empresa para recibir la liquidación y a rendir descargos.

Finalmente, indicó que no se ha querido presentar a la temporal accionada dado su estado actual de embarazo y que no se encuentra de acuerdo con el trato recibido por la accionada en cuanto al abuso y el no cumplimiento de los pagos respecto de la seguridad social.

TRÁMITE

De conformidad con el procedimiento reglado en el Decreto 2591 de 1991, se avocó el conocimiento de la presente acción de tutela mediante auto de fecha 08 de octubre de 2020. Adicionalmente, se ordenó la vinculación de Compensar EPS, Idime SA y el Ministerio De Trabajo.

El juzgado mediante correos electrónicos enviados a la accionada y vinculadas, les informó sobre su admisión y el término concedido para contestar los hechos y peticiones del escrito de tutela.

RESPUESTA DE LA ACCIONADA Y VINCULADAS

- **AGEMSER CALLEJA Y CIA LTDA**

En su escrito de contestación, al referirse a los hechos del escrito de tutela indicó que no es cierto que la empresa hubiera sugerido a la accionante renunciar, pues señaló que si existía un puesto para ser reubicada al cual la accionante se negó argumentando que el lugar asignado se encontraba muy lejos de su residencia, sin tener en cuenta que la empresa usuaria cubriría los gastos de traslado.

Así mismo, que es cierto que radicó derecho de petición el cual fue contestado, y que respecto de su estado de gestación la empresa únicamente tuvo conocimiento hasta el mes de agosto mediante una comunicación telefónica. Igualmente, declaró que la accionante no se ha querido presentar a la compañía pese a los diferentes llamados realizados.

Frente a la situación financiera de la empresa, sostuvo que no se encuentra en la mejor condición dada la contingencia actual, sin embargo dijo que ha brindado apoyo a todos los colaboradores tomando las medidas que les resulten menos lesivas. Informó que el 60% de sus clientes finalizaron los contratos por cuanto el objeto social de la compañía únicamente se desarrolla en sus instalaciones, casas de familia y empresas que requieren servicios de limpieza.

Reiteró que el estado de embarazo de la accionante era una situación desconocida por la empresa, pues manifestó que incluso la accionante reconoce haber informado dicha situación en el mes de agosto, y que la ecografía de fecha 17 de septiembre da cuenta de que en el mes de abril se encontraba en estado de gestación, hecho que nunca informó a la empresa.

Indicó que la situación de la accionante no supone la configuración de un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta que ha recibido atención médica por su estado de gravedad, por lo tanto consideró que de acuerdo con el precedente judicial la presente acción de tutela es improcedente por no existir acción u omisión que hubiese vulnerado los derechos fundamentales de la accionante.

Finalmente, refirió que las pretensiones de la accionante no están llamadas a prosperar en razón a sus argumentos y solicitó al despacho declarar la improcedencia de la acción de tutela invocada.

- **COMPENSAR EPS**

Mediante escrito de contestación allegado por medio electrónico, manifestó que la accionante se encuentra en mora en el plan de beneficios en salud PBS, de la EPS Compensar en calidad de dependiente de la empresa Agemser Calleja Compañía Limitada. Así mismo, que ha prestado de manera oportuna y completa todos los servicios a que tiene derecho la afiliada.

Igualmente, señala que la última atención prestada a la accionante fue del día 09 de septiembre de 2020 por supervisión de embarazo.

Informó que el área de prestaciones económicas, señala que no se encuentran registros de incapacidades radicadas ante la EPS, sin novedad desde medicina laboral.

Sostuvo que frente a las peticiones de la accionante, la EPS no tiene ninguna responsabilidad puesto que no mantiene ningún vínculo para el otorgamiento de dichas prestaciones por lo que la EPS carece de falta de legitimación en la causa por pasiva en la presente acción constitucional.

Luego de señalar que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, solicitó al despacho declarar la improcedencia de la acción de tutela y la desvinculación de la EPS por no incurrir en la vulneración de sus derechos fundamentales.

- **MINISTERIO DE TRABAJO**

Mediante escrito de contestación enviado por medio electrónico, informó que no tiene relación directa o de naturaleza jurídica con la accionante, por lo cual alegó falta de legitimación en la causa por pasiva por no ser la entidad que amenazó o vulneró los derechos fundamentales de la accionante.

Luego de explicar el marco normativo sobre la estabilidad laboral reforzada, las funciones administrativas del Ministerio, explicó que la accionante cuenta con los medios de defensa judicial ordinarios para asegurar la protección de sus derechos fundamentales.

Finalmente, solicitó al despacho declarar la improcedencia de la acción de tutela y exonerar a la entidad de cualquier responsabilidad dado que no tiene obligación de su parte.

- IDIME SA

En su escrito de contestación, indicó que prestó atención a la accionante con orden de servicios médicos emitida por Ut Compensar el 17 de septiembre de 2020, para la realización de estudio de ultrasonografía obstétrica en detalle y dopler obstétrico de circulación placentaria.

Finalmente, argumentó que en el presente caso existe improcedencia de la acción de tutela por la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales, y solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela por configurarse una carencia actual del objeto.

CONSIDERACIONES

La acción de Tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo procesal específico y directo que tiene por objeto la protección concreta e inmediata de los derechos fundamentales, cuando estos sean violados o se presente amenaza de vulneración.

En la presente acción, se encuentra que el problema jurídico a resolver es establecer si la empresa accionada **AGEMSER CALLEJA Y CIA LTDA**, vulneró el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de la accionante quien se encuentra en estado de embarazo.

Para resolver el problema jurídico planteado, es necesario remitirse al artículo 43 de la Constitución, norma que señala expresamente que las mujeres tienen derecho a gozar de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo, lo cual implica que existen *“dos obligaciones a cargo del Estado: la especial protección de la mujer embarazada y lactante –sin distinción–, y un deber prestacional que consiste en otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada. En este sentido, se trata de una protección general para todas las mujeres gestantes¹”*.

En armonía con lo anterior, los artículos 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo, desarrollan el fuero de maternidad así: i) el numeral 1° del **artículo 239** del CST impone una prohibición general de despido a las mujeres por motivo de embarazo o lactancia y precisa que dicha desvinculación únicamente puede realizarse con *“la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa”*; ii) el **artículo 240** del CST dispone que, para que sea legal el despido de una trabajadora durante el período de embarazo *“o los tres meses posteriores al parto”*, el empleador necesita la autorización del inspector del trabajo. Así mismo, este permiso de desvinculación sólo puede concederse en virtud de una de las justas causas enumeradas en los artículos 62 y 63 del CST.

De lo anterior, se desprende que el fuero de maternidad no constituye una camisa de fuerza para conservar el empleo de la madre gestante, en la medida en que, cuando exista una justa causa de terminación del contrato, la trabajadora puede ser desvinculada **siempre y cuando medie la autorización del inspector del Trabajo o del alcalde municipal**. Es por esto que, no es una prohibición absoluta de terminación del contrato sino que, debido a las condiciones de la mujer gestante o lactante, se impone una formalidad adicional, consistente en el requisito de acudir al Ministerio del Trabajo.

Sobre el alcance de esta protección, debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional en la sentencia **SU-075 de 2018** precisó que para que se active este fuero, es requisito indispensable que el empleador conozca del estado de embarazo de la trabajadora, dado que si se logra acreditar que el empleador no tenía conocimiento sobre el estado de embarazo, con independencia de que se haya aducido, o no, justa causa, la trabajadora no tendrá derecho a ninguna de las medidas de protección que se deriva de esta figura.

¹ Sentencia SU 075 de 2018

No obstante, respecto a la forma de conocimiento del estado de embarazo, la Corte Constitucional en esta misma providencia precisó que:

*“(…) la Sala Plena enfatiza en que existe **libertad probatoria** para demostrar que el empleador tenía conocimiento acerca del estado de embarazo de la trabajadora. De este modo, es indispensable destacar que **no existe una tarifa legal** para demostrar que el empleador tenía noticia de la condición de gestante de la trabajadora y se deben evaluar, a partir de la sana crítica, todas las pruebas que se aporten al proceso, entre las cuales pueden enunciarse las testimoniales, documentales, indicios e inferencias, entre otros. Por tanto, **en ningún caso debe exigirse que la trabajadora embarazada haya dado aviso expreso o escrito al empleador para que se acredite su conocimiento sobre la condición de gestante.**” (negrita propia del texto).*

Ahora bien, respecto de la estabilidad laboral a mujer embarazada en contrato a término fijo, la Sentencia anteriormente citada dispone que:

“(i) Cuando el empleador conoce, en desarrollo de esta alternativa laboral, el estado de gestación de la trabajadora pueden tener lugar dos supuestos: a. Que la desvinculación tenga lugar 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 de maternidad y lactancia, consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación. b. Que la desvinculación ocurra 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. (ii) Cuando existe duda acerca de si el empleador conoce el estado de gestación de la trabajadora, opera la presunción de despido por razón del embarazo consagrada en el numeral 2 del artículo 239 del CST. No obstante, en todo caso se debe garantizar adecuadamente el derecho de defensa del empleador, pues no hay lugar a responsabilidad objetiva. (iii) Cuando el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada. Por consiguiente, no se podrá ordenar al empleador que sufrague las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social durante el periodo de gestación, ni que reintegre a la trabajadora desvinculada ni que pague la licencia de maternidad. Sin perjuicio de lo anterior, con el monto correspondiente a su liquidación, la trabajadora podrá realizar las cotizaciones respectivas, de manera independiente, hasta obtener su derecho a la licencia de maternidad. Así mismo, podrá contar con la protección derivada del subsidio alimentario que otorga el ICBF a las mujeres gestantes y lactantes y afiliarse al Régimen Subsidiado en salud. Así, para la eventual discusión sobre la configuración de la justa causa, se debe acudir ante el juez ordinario laboral.”

Aplicado lo anterior al presente caso, se encuentra en primer término que está debidamente acreditado que la accionante **Yuly Marcela Varón Herrera** sí se encuentra en estado de embarazo, tal como puede evidenciarse de los controles prenatales aportados por Compensar EPS y del resultado de la ecografía realizada por **Idime SA** el 17 de septiembre de 2020, y que acredita este último que para esa fecha la accionante tenía cerca de 20 semanas y 3 días de gestación según la documental obrante a folio 30 del plenario.

Bajo este tenor, se encuentra que la parte accionante manifestó su estado gestacional, mediante derecho de petición de fecha 24 de agosto de 2020, situación que es aceptada por la empresa accionada.

De otra parte, es cierto que no se encuentra en discusión la existencia del contrato de trabajo suscrito por las partes por un término fijo renovable a un año, el cual se encuentra visible a

folios 09 a 10 del expediente digital, en el que se observa como extremo inicial de la relación laboral el día 16 de enero de 2020.

No obstante, revisada la documental aportada por las partes, se evidencia que la fecha de terminación de la relación laboral no es clara, pues si bien en respuesta al derecho de petición de fecha 05 de junio de 2020 radicado por la accionante, se observa que el empleador manifestó que el contrato de trabajo se había dado por terminado el día 01 de abril de 2020, la verdad es que de las conversaciones mantenidas entre las partes y que son aceptadas por las mismas, refieren que en mayo y agosto de 2020, la accionada informó sobre la dirección de la empresa usuaria a la accionante para prestar sus servicios en misión, lo que da a entender a este despacho que por la emergencia sanitaria actual, se suspendió la prestación del servicio y en consecuencia la remuneración, pero en ningún momento se dispuso la terminación del contrato de trabajo.

Además, se debe tener en cuenta que la terminación de la relación laboral aducida por la accionada nunca se encontró dentro de las causales dispuestas en el artículo 61 del CST y de la SS, y aunque en principio pudiera entenderse como una decisión unilateral por parte del empleador, llama la atención del despacho que tal situación no fue comunicada a la trabajadora oportunamente y que solo hasta el mes de agosto de 2020, después de conocer el estado de embarazo de la accionante, de manera conveniente se señaló una fecha de terminación de la relación laboral.

Por tal razón, se deduce que la parte accionada ha generado conductas que permiten colegir que el contrato de trabajo se ha mantenido vigente más allá de su manifestación realizada en el mes de agosto de 2020, de dar por terminada la relación laboral a partir del 1° de abril de 2020.

Con todo lo anterior queda claro que la accionante, finalmente si informó de su embarazo al empleador, y por tanto este efectivamente conoce del estado de la accionante, situación que es aceptada por la parte accionada. Por lo tanto, no puede desconocer el despacho que la accionante, es persona sujeto de especial protección del Estado, que goza de estabilidad laboral reforzada por encontrarse en estado de embarazo en vigencia de la relación laboral.

Igualmente, teniendo en cuenta las particularidades del vínculo contractual, y la evidente desproporción de condiciones en las que se encuentra la trabajadora frente al empleador por ser esta la naturaleza del contrato de trabajo, este despacho en aplicación de los preceptos dispuestos por la ley y la jurisprudencia, y en busca de un equilibrio entre las partes observa como necesaria la medida de garantizar la estabilidad en el empleo de la trabajadora, pues impedir el derecho al trabajo de la accionante causaría de manera lesiva una vulneración directa de los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y vida de su núcleo familiar y del menor que está por nacer.

No obstante lo anterior, se debe aclarar que en dadas las circunstancias específicas de este asunto, es evidente que la accionante no ejecutó una prestación personal del servicio durante la suspensión ocasionada por la accionada, y por tanto al ser el salario una contraprestación directa del servicio en virtud de lo dispuesto en el artículo 127 del CST y de la SS, no se accederá a la pretensión de la accionante respecto del pago de los salarios dejados de percibir.

Igualmente, teniendo en cuenta que en este caso no operó una terminación de la relación laboral y que no puede concluirse por esta razón una conducta bajo los parámetros establecidos en el numeral 2 y 3 del artículo 239 del C.S.T, se considera que no es viable la pretensión respecto al pago de la indemnización de 60 días de salarios a título de indemnización dispuesta en el mencionado artículo.

Por lo anteriormente expuesto, este despacho **AMPARARÁ** los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de mujer en embarazo de gestación de **Yuly Marcela Varón Herrera**, y en consecuencia, se **ORDENARÁ** a la accionada la reactivación del contrato de trabajo en el cargo que venía desempeñando o a uno similar, igual o superior al que tenía al momento de su desvinculación, para lo cual deberá tener en cuenta sus actuales condiciones de salud y según el criterio, restricciones o recomendaciones que en dado caso llegare a expedir la EPS.

Se aclara que, para materializar esta reactivación, la accionada deberá tomar las medidas necesarias para que la trabajadora de inicio a la prestación del servicio, y en el caso de que esto sea imposible, o ella se niegue, se mantendrá suspendido el contrato de trabajo en los términos de los artículos 52 y 53 del CST y de la SS.

Así mismo, se **ORDENARÁ** a la accionada a **RECONOCER** y **PAGAR** desde el 01 de abril de 2020 y hasta que se produzca su reinstalación el valor de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social.

Por último, en cuanto a **COMPENSAR EPS, IDIME SA** y el **MINISTERIO DE TRABAJO**, vinculadas oficiosamente, **NO SE AMPARARÁ**, derecho alguno, toda vez que la vinculación efectuada se realizó con el fin de esclarecer los hechos de la presente acción constitucional.

En mérito de lo anteriormente expuesto **EL JUZGADO PRIMERO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales invocados por **YULY MARCELA VARÓN HERRERA** identificada con c.c. No. **1.192.726.609** vulnerados por **AGEMSER CALLEJA Y CIA LTDA**.

SEGUNDO: ORDENAR a **AGEMSER CALLEJA Y CIA LTDA** que en el término perentorio de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS**, contadas a partir de la notificación del presente fallo reactive el contrato de trabajo de la accionante **YULY MARCELA VARÓN HERRERA** y la ubique en el cargo que venía desempeñando o en uno similar, igual o superior al que tenía al momento de su desvinculación, para lo cual deberá tener en cuenta sus actuales condiciones de salud y según el criterio, restricciones o recomendaciones que en dado caso llegare a expedir la EPS.

Para materializar esta reactivación, la accionada deberá tomar las medidas necesarias para que la trabajadora de inicio a la prestación del servicio, y en el caso de que sea imposible, o ella se niegue se mantendrá suspendido el contrato de trabajo en los términos de los artículos 52 y 53 del CST y de la SS.

TERCERO: ORDENAR a la **AGEMSER CALLEJA Y CIA LTDA** que en el término perentorio de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS**, contadas a partir de la notificación del presente fallo, cancele a favor de la accionante **YULY MARCELA VARÓN HERRERA** los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social desde el 01 de abril de 2020 y hasta que se produzca su reinstalación.

CUARTO: NOTIFICAR la presente providencia por el medio más expedito.

QUINTO: ORDENAR que por secretaría se realice la notificación por estado en el Sistema Siglo XXI, el cual también deberá ser publicado en la página de la Rama Judicial

TUTELA No. 110014105001 2020 00316 00
Accionante: Yuly Marcela Varón Herrera
Accionado: Agemser Calleja Y Cia Ltda

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-01-de-pequenas-causas-laborales-de-bogota/2020n>

SEXTO: En caso de ser impugnado el presente fallo, dentro de los tres días siguientes a su notificación, remitir a los Jueces Laborales del Circuito de Bogotá (Reparto). Si el presente fallo no fuere impugnado, enviar a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

SÉPTIMO: Una vez regrese el presente proceso de la Corte Constitucional, se ordena su **ARCHIVO DEFINITIVO**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

DIANA MARCELA ALDANA ROMERO
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 1Ero MPAL PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES BOGOTA

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:
58ff1dac70e337b663529990ef19882ffaab019707029b088b5197d1ee4ca6e7
Documento generado en 23/10/2020 06:11:00 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

