

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
JUZGADO PRIMERO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE
BOGOTÁ

Bogotá D.C., veinte (20) de enero de dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA N°. 2020 - 00422 DE LICED FERNANDA CASTRO MORALES CONTRA MAKRO PASTEL SAS, VINCULADAS: FAMISANAR EPS, CENTRO DE SALUD CAFAM - KENNEDY Y MINISTERIO DE TRABAJO.

ANTECEDENTES

LICED FERNANDA CASTRO MORALES solicitó la protección constitucional por vía de tutela de sus derechos fundamentales al mínimo vital, estabilidad laboral reforzada y seguridad social, y como consecuencia de ello, se ordene a la accionada su reubicación laboral y el pago de salarios dejados de percibir.

Con fundamento de su solicitud, sostuvo que ingresó a laborar siendo menor de edad con la empresa accionada en el mes de junio de 2014, bajo la modalidad de contrato verbal sin ser afiliada al Sistema de Seguridad Social.

Indicó que en el mes de octubre de 2020 informó a Marco Fidel Hurtado, persona que la contrató, que se encontraba en estado de embarazo, quien sin ningún inconveniente aseguró pagar su afiliación al Sistema de Seguridad Social.

Afirmó que el 30 de noviembre de 2020, la persona encargada de recursos humanos Natalia Martínez, le indicó que el costo de la seguridad social debía ser asumido por ella, para lo cual debería firmar un contrato de prestación de servicios, circunstancia a la cual se negó.

Adujo que el 03 de diciembre de 2020, Marco Fidel Hurtado le exigió estar afiliada a seguridad social pues no permitiría desempeñar su labor así, el 08 de diciembre de 2020 no obtuvo ninguna respuesta por parte de su empleador, razón por la cual asumió la terminación de la relación laboral por despido.

Finalmente, manifestó que se encuentra desempleada desde el día 03 de octubre de 2020, sin obtener ningún tipo de respuesta por parte de la empresa accionada.

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 15 de diciembre de 2020. Adicionalmente, se ordenó la vinculación de Famisanar, Centro de Salud Cafam - Kennedy y del 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

• **MAKRO PASTEL SAS**

En su escrito de contestación, afirmó que la accionante ha colaborado en su empresa únicamente los fines de semana atendiendo al público en punto de venta, teniendo en cuenta que es estudiante de la facultad de odontología de la Universidad Cooperativa de Colombia, programa de tipo presencial diurno, por lo que no es posible que la trabajadora labore el máximo legal de 48 horas semanales.

Informó que la accionante es dependiente económica de su progenitora y beneficiaria en salud de Famisanar EPS, razón por la cual la accionante manifestó que no tenía interés de ser afiliada al sistema como cotizante.

Manifestó que a través de terceros se enteró del estado de gravidez de la accionante, razón por la cual le solicitó copia del documento de identidad para afiliarla al Sistema de Seguridad Social y formalizar la relación laboral, informándole que cada una de las partes debería realizar un pago proporcional, pero la accionante se negó a formalizar la afiliación.

Al referirse a cada uno de los hechos, manifestó que no le ha impedido el ingreso a laboral a la accionante, y que contrario a ello la misma trabajó hasta el día 21 de noviembre de 2020, día en el cual advirtió a la trabajadora la importancia de la afiliación al Sistema de Seguridad Social.

Argumentó la improcedencia de la acción de tutela teniendo en cuenta que existen otros mecanismos para la resolución de este tipo de controversias. Así mismo, indicó que no ha vulnerado ninguno de los derechos fundamentales de la accionante, ni ha desplegado ningún tipo de acto discriminatorio que determine la terminación de la relación laboral.

Señaló que no hay una terminación de la relación laboral, pues lo que si ocurrió fue un abandono del cargo por parte de la accionante.

Finalmente, luego de reiterar la improcedencia de la acción de tutela, solicitó al despacho negar las pretensiones incoadas por la accionante.

- **FAMISANAR EPS**

Mediante escrito de contestación allegado por medio electrónico, alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que tiene responsabilidades totalmente adversas a las desarrolladas por la accionada Makro Pastel SAS, y no tiene ni ha tenido algún vínculo contractual relacionada con la accionante.

Informó que la accionante presenta afiliación de fecha 18 de junio de 2020, contando con una afiliación en estado activo en calidad de beneficiaria con parentesco de hija de Alexander Jaime Ariel Castro. Así mismo, manifestó que a la fecha no registra empleos por lo cual no remitió certificado de aportes.

Frente al requerimiento realizado por el despacho, manifestó que se encuentra en la imposibilidad de entregar dicha información dado que son los prestadores de servicios de salud quienes guardan la custodia de las historias clínicas.

Finalmente, solicitó al despacho la desvinculación de la EPS por no existir ningún tipo de vulneración a los derechos fundamentales de la accionante y la declaración de la improcedencia de la acción de tutela.

- **CENTRO DE SALUD CAFAM - KENNEDY**

En su escrito de contestación, indicó que no corresponde a la Caja de Compensación Familiar Cafam, garantizar los derechos fundamentales de la accionante. Así mismo, informó que no tiene ningún tipo de vínculo laboral con Cafam, siendo esta una responsabilidad exclusiva de la empresa empleadora.

Finalmente, solicitó al despacho su exclusión y la improcedencia dentro del trámite de la acción de tutela.

- **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 improcedencia de la acción de tutela para el pago de acreencias laborales, el despido en estado de embarazo y periodo de lactancia, la existencia del medio judicial ordinario y las funciones administrativas del Ministerio 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.

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 **MAKRO PASTEL SAS** vulneró el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de la accionante.

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 gestantes*”.

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.

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***

¹ Sentencia SU 075 de 2018

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).

Aplicado lo anterior al presente caso, se encuentra en primer término que está debidamente acreditado que la accionante **Liced Fernanda Castro Morales** sí se encuentra en estado de embarazo, tal como puede evidenciarse de las pruebas aportadas por la accionante, específicamente del resultado del examen de Gonadotropina Corionica con valor de 103981, lo cual indica que para el 13 de octubre de 2020 se encontraba en la novena semana de gestación.

Bajo este tenor, aun cuando no existe certeza de que la accionante hubiere manifestado su estado gestacional a la empresa, quien afirmó que obtuvo la información a través de un tercero, lo cierto es que no existe duda en que la misma acepta que conoció del estado de gravidez de la accionante.

Además, aunque la parte accionada sostuvo que la trabajadora no informó formalmente de su estado de gravidez debe tenerse en cuenta que el estado de embarazo de una trabajadora no requiere de ninguna prueba formal, tal como se indicó previamente al hacer remisión a la Sentencia SU-075 de 2018.

De otra parte, es cierto que no se encuentra en discusión la relación laboral de las partes, dado que la misma es aceptada por la empresa accionada, más allá que el vínculo sea solo para fines de semana, como indica la accionada, o por semana completa, como indica la accionante. No obstante, llama la atención del despacho la falta de formalidad de la relación laboral, pues de acuerdo con la información suministrada por las partes, la accionante no ha estado afiliada como trabajadora dependiente al Sistema de Seguridad Social, situación que es corroborada por Famisanar EPS al indicar que Liced Fernanda Castro Morales se encuentra afiliada al Sistema de Salud en calidad de beneficiaria como hija de Alexander Jaime Ariel Castro.

Ahora bien, respecto de la terminación de la relación laboral, se debe tener en cuenta que no es claro para el despacho dicha situación, pues no existe ningún medio que acredite un extremo final de la relación. Así mismo, tal y como lo afirma la accionada en su escrito de contestación se observa que no ha existido ninguna terminación de la relación laboral.

Por tal razón, se puede colegir que el contrato de trabajo se ha mantenido vigente, y en tal sentido más allá de la argumentación esbozada por la empresa respecto del abandono del cargo y la negativa de la accionante para formalizar la relación laboral, lo que en verdad se evidencia es la falta de información suministrada a la accionante para formalizar la relación laboral, más aún cuando la trabajadora debía encontrarse afiliada al Sistema de Seguridad Social desde el momento en que inició sus labores para la empresa, y en consecuencia asumir los derechos y obligaciones que tiene el cotizante dependiente.

En ese sentido, se debe indicar que no existe ningún medio probatorio por medio de cual se pueda evidenciar que la empresa accionada solicitó la comparecencia de Liced Fernanda Castro Morales para la formalización de su relación laboral, para que de esta manera se pueda acreditar un abandono del cargo.

De otra parte, no puede desconocer el despacho que la accionante, es 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.

Bajo ese tenor, se debe tener en cuenta que la Corte Constitucional en diferentes oportunidades ha acogido la regla jurisprudencial según la cual el empleador debe sufragar el pago de las cotizaciones a la seguridad social requeridas por la trabajadora desvinculada hasta que aquella

obtenga el derecho a la licencia de maternidad.

Para lo anterior, esa Corporación mediante la Sentencia SU-075 de 2018 recopiló el alcance definido de esta protección a partir dos factores importantes:

- (a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador y;
- (b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.

Teniendo en cuenta que, para el caso en concreto, la trabajadora se encuentra vinculada mediante un contrato a término indefinido y que existe plena certeza sobre el conocimiento del empleador sobre el estado de embarazo, la protección bajo estas circunstancias opera de manera integral, es decir, que se debe ordenar el reintegro y el pago de las erogaciones dejadas de percibir en los términos del artículo 239 del C.S.T.

En consideración de lo anterior, este despacho **AMPARARÁ** los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de mujer en embarazo de gestación de **Liced Fernanda Castro Morales**, 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.

Así mismo, observa el despacho que la ausencia del pago a la seguridad social de la accionante presupone un obstáculo al goce efectivo de la prestación económica de la licencia de maternidad, y en consecuencia conduciría a una afectación directa del mínimo vital de la madre y su hijo, razón por la cual se **ORDENARÁ** a la empresa accionada a reconocer y pagar los aportes de prestaciones sociales en materia de seguridad social, de manera que la accionante pueda adquirir el derecho a reclamar el pago total de la licencia de maternidad.

Ahora, respecto a la solicitud de los salarios dejados de percibir, el despacho negará por improcedente esta pretensión dado que esta es propia del proceso ordinario laboral, y en el presente caso no se ha probado el perjuicio irremediable respecto a este punto, mas aún cuando ni siquiera se tiene certeza de la última fecha en que se prestó el servicio y se recibió salario.

Por último, en cuanto a **FAMISANAR EPS, CENTRO DE SALUD CAFAM - KENNEDY** 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, no encontrando vulneración a derecho fundamental alguno por parte de estas entidades a la accionante.

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 **LICED FERNANDA CASTRO MORALES** identificada con c.c. No. 1.001.344.042 vulnerados por **MAKRO PASTEL SAS**.

SEGUNDO: ORDENAR a **MAKRO PASTEL SAS**, 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 **LICED FERNANDA CASTRO MORALES** 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.

TERCERO: ORDENAR a la **MAKRO PASTEL SAS**, para que en el término perentorio de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS**, contadas a partir de la notificación del presente fallo, a reconocer y pagar a la accionante **LICED FERNANDA CASTRO MORALES**, los aportes de

TUTELA No. 110014105001 2020 00422 00
Accionante: Liced Fernanda Castro Morales
Accionado: Makro Pastel SAS

prestaciones sociales en materia de seguridad social, de manera que la accionante pueda adquirir el derecho a reclamar el pago total de la licencia de maternidad.

CUARTO: NEGAR por improcedente las demás peticiones presentadas por la accionante.

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

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

SÉPTIMO: 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.

OCTAVO: 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: **bfffff71fd415651ba0195124b250c2cc02988e65866845f16c878dad8921678**
Documento generado en 20/01/2021 05:10:19 PM

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

