

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO SEGUNDO 2º MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001 41 05 002 2020 00285 00

ACCIONANTE: ANA MARÍA PARRA GUTIERREZ

DEMANDADO: INVERSIONES DAMA SALUD S.A.S.

S E N T E N C I A

En Bogotá D.C., el doce (12) de junio de dos mil veinte (2020) procede este Despacho judicial a decidir la acción de tutela instaurada por ANA MARÍA PARRA GUTIERREZ, en contra de INVERSIONES DAMA SALUD S.A.S., en los términos y para los fines concebidos en el escrito de solicitud de amparo constitucional.

ANTECEDENTES

ANA MARÍA PARRA GUTIERREZ, actuando en nombre propio, promovió acción de tutela en contra de INVERSIONES DAMA SALUD S.A.S., para la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital, presuntamente vulnerados por la accionada al suspenderle el contrato a pesar de encontrarse en estado de embarazo.

Como fundamento de la solicitud de amparo constitucional, indicó la accionante que labora para la accionada hace aproximadamente 1 año y 4 meses, a través de contrato laboral a término indefinido y desempeñando el cargo de Psicóloga de selección y bienestar.

Precisó que en el mes de febrero de la presente anualidad puso en conocimiento de la encartada su estado de embarazo y que actualmente se encuentra en la semana 23 de gestación. De igual forma, señaló que el siete (07) de abril pasado recibió una comunicación a su correo electrónico, en virtud de la cual se le informó de la suspensión del contrato.

Indicó que la suspensión de su contrato de trabajo fue arbitraria e injustificada toda vez que su cargo es administrativo y por ende, las funciones las puede realizar vía teletrabajo, sin afectar sus derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital, además de los derechos fundamentales de su hija menor de 12 años quien depende económicamente de ella.

Así las cosas, mediante auto proferido el primero (01) de junio de dos mil veinte (2020) se admitió la tutela en contra de INVERSIONES DAMA SALUD S.A.S., y se ordenó la vinculación de la NACIÓN - MINISTERIO DEL TRABAJO, COMPENSAR EPS y AFP PORVENIR S.A.

De otra parte, el cinco (05) de junio de la presente anualidad, teniendo en cuenta las nuevas manifestaciones allegadas por la accionante, el Despacho profirió auto

corriendo traslado de los nuevos hechos, con el fin que los interesados hicieran las manifestaciones que consideraran pertinentes.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

INVERSIONES DAMA SALUD S.A.S., allegó escrito en virtud del cual informó que la suspensión del contrato de trabajo no se fundamentó en el Covid-19, sino en la fuerza mayor derivada de las normas adoptadas por el Gobierno Nacional y departamental que han conllevado a la imposibilidad de desarrollar de manera normal el objeto social de la Compañía, por cuanto *“El Plan de Acción para la Prestación de Servicio de Salud durante las etapas de Contención y Mitigación de la pandemia por COVID-19 expedido el 30 de marzo de 2020 dispuso la suspensión del servicio odontológico no urgente generando que los indicadores de atención a pacientes por parte de mi representada sea un porcentaje muy preocupante, puesto que la Compañía atiende en su gran mayoría tratamientos no urgentes.”*

Indicó que se realizó un análisis profundo de la situación y la primera medida no fue suspender el contrato de trabajo ni de la accionante ni de otras personas, esta fue la última medida adoptada luego de agotar diferentes acciones con diferentes trabajadores (trabajo en casa, licencias no remuneradas, vacaciones, modificación de los horarios de atención, etc.). Preciso que al tener vigentes todos los contratos de trabajo la nómina se mantiene pero la operación afectada en el 100% generaría una situación insostenible si se tiene en cuenta que la Empresa debe velar por mantener 830 contratos de trabajo hacia futuro.

Adujo que no se encuentra en discusión que la señora haya notificado o no su estado de embarazo, además que la accionante no está frente a ninguna vulneración de sus derechos fundamentales, por el contrario, la encartada ha mantenido el vínculo laboral y ella actualmente cuenta con pleno acceso al servicio de salud y las eventuales atenciones requeridas.

Puso de presente la encartada que no es cierto que su decisión haya sido arbitraria, por el contrario, ha buscado preservar los contratos de trabajo a pesar de la difícil situación por la que atraviesa. Además manifestó que la mayoría de las funciones de la accionante se refiere a publicar nuevas ofertas de empleo, entrevistas y prueba psicotécnicas para la contratación de nuevos trabajadores; sin embargo, por la difícil situación de la empresa no está contratando nuevo personal, por tanto, las funciones de la accionante se tornaron imposibles de realizar y en ese sentido fue que se suspendió su contrato de trabajo alegando el numeral 1° del artículo 51 relacionado con la configuración de un caso fortuito o fuerza mayor.

De otra parte adujo que no es cierto que la accionante sea madre cabeza de familia, que la actora falta ampliamente a la verdad, al omitir que el padre de su hija tiene capacidad de pago, en la medida que se encuentra como cotizante activo ante el sistema de seguridad social en salud. Lo que demuestra que debe ser un trabajador dependiente o independiente que tiene capacidad de aportar al sistema y por tanto de aportar a sus deberes como padre de la hija de la accionante. Además, señaló que no es cierto que se encuentre afectado el mínimo vital de la accionante, por cuanto ella puede acceder al retiro parcial de las cesantías y además la empresa hizo pública la posibilidad de acceder al pago anticipado de la prima legal.

MINISTERIO DEL TRABAJO, solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela en referencia contra el Ministerio del Trabajo, por falta de legitimación por pasiva, toda vez que esta Entidad no es ni fue la empleadora de la accionante.

PROBLEMA JURÍDICO

Dentro de la presente acción de tutela corresponde determinar si la entidad demandada violó los derechos fundamentales a la salud, a la vida, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital, de la señora ANA MARÍA PARRA GUTIERREZ al suspenderle el contrato a pesar de encontrarse en estado de embarazo.

CONSIDERACIONES

En virtud del art. 86 se consagró la acción de tutela como aquel mecanismo judicial con el que cuentan las personas que busquen la protección inmediata de sus derechos fundamentales en los casos donde los mismos se vean vulnerados o amenazados por las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas, y, excepcionalmente de los particulares, en los casos específicamente previstos por la ley.

Adicionalmente, se tiene que dicho instrumento constitucional tiene el carácter de subsidiario, residual y autónomo y podrá ser ejercida por cualquier persona que se encuentre en estado de subordinación o indefensión, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

Principio de subsidiariedad de la acción de tutela.

La acción de tutela es de carácter subsidiario, por cuanto debe verificarse que el afectado no cuente con otro mecanismo judicial para la protección de sus derechos fundamentales. Sin embargo, esta regla cuenta con una excepción, según la cual la tutela es procedente como mecanismo transitorio cuando se advierta la existencia de un perjuicio irremediable.

En torno a esta figura, la Corte ha indicado que para que exista un perjuicio irremediable es preciso que el mismo sea cierto, inminente, grave y de urgente atención. Tal como dispuso en sentencia T-583 de 20101:

“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados”.

Es así como, si el accionante se abstiene de evidenciar la ocurrencia del perjuicio irremediable según las reglas anotadas, la acción se tornará improcedente. Por ello,

1 Corte Constitucional, Sentencia T-583 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

la prueba de tal circunstancia es un requisito fundamental para la prosperidad de la acción de tutela, motivo por el cual, no es suficiente la afirmación de que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable; es necesario, que el petente explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al Juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión, de lo contrario, el problema sólo podrá resolverse por la vía ordinaria.

Del conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador y el alcance de la protección laboral a la maternidad.

En sentencia SU 075 de 2018 con ponencia de la Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, manifestó la alta Corporación de lo Constitucional que el conocimiento del embarazo por parte del empleador no es necesario para determinar el fuero de maternidad, sino que de eso depende el grado de protección que se le brindará a la madre.

Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

*“si el empleador tuvo noticia del embarazo con anterioridad a la desvinculación, ello origina una **“protección integral y completa,** pues se asume que el despido se basó en el embarazo y, por ende, en un factor de discriminación en razón del sexo”. En contraste, la ausencia de conocimiento da lugar a una **“protección más débil,** basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido”*

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte ha destacado que el conocimiento del empleador del embarazo de la trabajadora no reviste de mayores formalidades, ya que puede darse por medio de la notificación directa y escrita, por la configuración de un hecho notorio o por la noticia verbal de un tercero, estableciendo circunstancia se presume que el empleador conocía el estado de embarazo:

*“Por ejemplo, ha estimado que el embarazo configura un **hecho notorio** cuando: (i) son evidentes los cambios físicos de la mujer que le permiten al empleador inferir su estado (a partir del quinto mes de gestación); (ii) se solicitan permisos o incapacidades laborales con ocasión del embarazo; (iii) el embarazo es de conocimiento público entre los compañeros de trabajo; entre otros.*

*Igualmente, esta Corporación ha concluido que el empleador tenía conocimiento del embarazo “cuando las circunstancias que rodearon el despido y las conductas asumidas por el empleador permiten deducirlo”. Por tanto, no resulta necesaria la notificación escrita o expresa acerca de la condición de gestante de la trabajadora, sino que basta que el empleador conozca de dicho estado **por cualquier medio.**”*

En tal sentido, ha planteado que las formas para inferir el conocimiento del estado de embarazo tienen carácter indicativo y no taxativo y que se deben analizar las circunstancias propias de cada caso concreto para determinar si el empleador tuvo noticia de la condición de gestante de la trabajadora.

En conclusión, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas no depende del momento en el cual el empleador tuvo conocimiento del estado de gravidez, puesto que el fuero de maternidad se desprende de la especial protección constitucional que recae sobre las trabajadoras. Sin embargo, dicha notificación es relevante para establecer el alcance de las medidas que los jueces constitucionales pueden otorgar en estos casos.

De la suspensión de los contratos de trabajo.

El artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo señala:

ARTICULO 51. SUSPENSION. <Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El contrato de trabajo se suspende:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.
2. Por la muerte o la inhabilitación del empleador, cuando éste sea una persona natural y cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo.
3. Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por ciento veinte (120) días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. De la solicitud que se eleve al respecto el empleador deberá informar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores.
4. Por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria.
5. Por ser llamado el trabajador a prestar el servicio militar. En este caso el empleador está obligado a conservar el puesto del trabajador hasta por {treinta (30) días} después de terminado el servicio. Dentro de este término el trabajador puede reincorporarse a sus tareas, cuando lo considere conveniente, y el empleador está obligado a admitirlo tan pronto como éste gestione su reincorporación.
6. Por detención preventiva del trabajador o por arresto correccional que no exceda de ocho (8) días por cuya causa no justifique la extinción del contrato.
7. Por huelga declarada en la forma prevista en la Ley.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4849-2018 con ponencia de la Dra. Ana María Muñoz Segura, indicó que:

“Efectivamente, no es discutido que el numeral 1° del artículo citado establece que el contrato de trabajo puede ser suspendido «[...] por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución», lo que debe ser entendido armónicamente respecto de lo dicho por el artículo 1° de la Ley 95 de 1890, que establece, a su turno, que «Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.».

Bajo este entendido, cae en evidencia que el hecho que se repunte como fuerza mayor o caso fortuito no sólo debe estar plenamente acreditado, sino que debe compartir las características intrínsecas y concurrentes de la imprevisibilidad e irresistibilidad, que podrán ser analizadas en

diversa intensidad según el evento material del que se trate, si es un caso fortuito o una fuerza mayor.

(...)

Sobre este último raciocinio, vale aclarar que esta misma Corporación ha entendido que las características ya vistas de imprevisibilidad e irresistibilidad respecto de la conjetura de una fuerza mayor o caso fortuito, deben estar acompañadas, además, de un criterio de inimputabilidad, es decir, que el acto que se reputa como irresistible o imprevisible y que genera los efectos de la definición del artículo 1° de la Ley 95 de 1890, no puede haber sido causado directa o indirectamente por la acción u omisión de quien lo padece o lo aduce a su favor, comoquiera que no es posible aprovechar las consecuencias liberatorias que se generan de una actuación del propio destinatario del aparente perjuicio.

Allí es donde encuentran asidero las actuaciones administrativas impositivas para un empleador y que le generan la imposibilidad de ejecutar uno o varios contratos de trabajo, como en el asunto sub lite, y respecto de lo cual ya ha sentado la Corporación con antelación (CSJ SL3117-2018 y CSJ SL, 4 abril 2006, radicación 26775) que la intervención administrativa de cualquier autoridad no puede ser catalogada como fuerza mayor por no tratarse de un acto extraño a la actividad desarrollada o completamente imprevisible.”

De la calidad de madre cabeza de familia.

El artículo 43 de la Constitución Política establece que “(...) *El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia (...)*”.

En este orden, el inciso 2° del artículo 2° de La ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, establece que “(...) *es Mujer Cabeza de familia, quien (...) ejerce la jefatura del hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar (...)*”.

Ahora, para ostentar la calidad de madre cabeza de familia es necesaria la acreditación de una serie de requisitos, los cuales han sido descritos por la Corte constitucional en la sentencia SU-388 de 20052 así:

“(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”.

De la estabilidad laboral reforzada de la madre cabeza de familia.

2 Corte Constitucional. SU 388 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Conforme a lo expuesto precedentemente, resulta claro que una vez acreditada la calidad de madre cabeza de familia, la persona que la ostenta, se constituye en objeto de especial protección constitucional y por lo mismo goza, en materia de empleo, de fuero de estabilidad laboral reforzada.

Así lo precisó la Corte Constitucional en Sentencia T- 926 de 2010:

“En desarrollo de estas directrices, queda claro que las madres cabeza de familia, por su calidad de sujeto de especial protección constitucional, al interior de una relación laboral cuentan con una protección reforzada, por lo que se hace necesario otorgarles un trato especial en relación con su estabilidad en el empleo, siempre que no exista una causal justificativa de despido, pues tal situación en manera alguna lleva a considerar que dicha garantía se constituya en un derecho absoluto, que haga imposible su retiro de la institución, por ejemplo, cuando incumpla los deberes propios de su cargo o cuando en desarrollo de los procesos de reformas estatales se liquida definitivamente una entidad o una empresa privada deja de existir jurídicamente”.

CASO EN CONCRETO

En virtud de la presente acción de tutela, la accionante pretende que se amparen sus derechos fundamentales y en consecuencia se ordene levantar la suspensión del contrato de trabajo y ordenar el pago de los salarios dejados de percibir.

Determinará esta juzgadora, en primer término, si es procedente la acción de tutela instaurada por ANA MARÍA PARRA GUTIERREZ, mediante la cual busca que se ordene levantar la suspensión del contrato que le fue notificada el siete (07) de abril de dos mil veinte (2020).

Debe indicarse que la estabilidad laboral reforzada es un derecho fundamental de aplicación inmediata, el cual se encuentra integrado por las garantías de la debida protección y el restablecimiento de derechos e intereses de los individuos que se encuentra dentro de alguna de las excepciones establecidas por la Corte Constitucional (madre o padre cabeza de familia, estado de debilidad manifiesta, calidad de pre pensionado y embarazo) debidamente probada. Casos aquellos en los cuales, si bien la demandante cuenta con otro medio o recurso de defensa judicial como lo es acudir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, la tutela resultaría procedente para efectos de la garantía de los derechos constitucionales fundamentales.

De conformidad con lo anterior, es pertinente valorar la situación personal de la accionante en relación con la pretensión en sede de tutela, en virtud de la cual solicitó levantar la suspensión del contrato de trabajo por ostentar la calidad de madre cabeza de familia y por encontrarse en estado de gestación.

Así las cosas, frente a la manifestación que se trata de un sujeto de especial protección por ser madre cabeza de hogar, para que proceda la misma es imperativo demostrar en este juicio concretamente: i) tener a cargo la responsabilidad de su hija de 12 años, del cual se aportó el registro civil de nacimiento; ii) que la responsabilidad sobre la menor es permanente; iii) que su compañero o cónyuge se encuentra ausente de manera permanente o que abandonó el hogar y que él se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones como

padre o que no lo hace por razones forzosas y; iv) que no recibe ayuda de los demás miembros de su familia.

Frente a esas circunstancias encuentra este Despacho que la accionante no aportó prueba si quiera sumaria que demuestre todos y cada uno de los supuestos anotados precedentemente, al punto que ni siquiera en el escrito de tutela hizo referencia a la circunstancias fácticas específicas de responsabilidad permanente respecto de su hija; se limitó a indicar que esta depende de ella, circunstancias que evidentemente se tornan insuficientes en aras de la acreditación de su condición de sujeto de especial protección constitucional, aunado a que tal afirmación se desvirtúa con el acta de conciliación aportada por la propia demandante mediante correo electrónico allegado al Juzgado el cinco (05) de junio pasado, en donde se evidencia que el padre de la menor está obligado a proporcionar una cuota alimentaria y reconoce sus obligaciones como padre respecto de su hija.

En efecto, evidencia esta Juzgadora que en el presente trámite no fue demostrado que la hija de la gestora se encuentre únicamente a su cargo o que dependa económicamente únicamente de esta. En ese orden de ideas, no se tienen elementos de juicio suficientes que permitan concluir que la accionada incurrió en el grado de vulneración alegado en la demanda como sujeto de especial protección por ostentar la calidad de madre cabeza de familia.

No obstante lo anterior y si bien la actora no acreditó ostentar la calidad de sujeto de especial protección por ser madre cabeza de familia y si bien el art. 51 del C.S.T se encuentra vigente, no se puede pasar por alto que la accionante se encuentra en estado de gestación, haciendo la salvedad que si bien no allegó prueba alguna que acredite su estado de gravidez (en la medida que si bien indicó en los anexos que se aportaba copia del último control prenatal, dicho documento no fue allegado), esta situación tampoco fue desconocida por la pasiva ni se opuso a las afirmaciones que al respecto hizo la accionante, por el contrario la accionada se limitó a afirmar que independientemente de su estado de embarazo, se le están haciendo los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social, lo cual le garantiza la atención necesaria.

Nótese como, al dar contestación al hecho No. 2 del escrito de tutela en el que la accionante afirmó haber puesto en conocimiento de la empresa en febrero de la presente anualidad su estado de embarazo y que en la actualidad se encuentra en la semana 23 de gestación indicó *“No es un hecho relevante. No se encuentra en discusión en la presente tutela que la señora accionante haya notificado o no a mi representada de su estado de embarazo. Igualmente, la accionante no está frente a ninguna vulneración de sus derechos fundamentales, muy por el contrario, la Compañía ha mantenido su vínculo laboral y ella actualmente cuenta con pleno acceso al servicio de salud y las eventuales atenciones que requiera”*.

Posteriormente, en el último párrafo de la contestación del hecho No. 6 sostuvo *“Finalmente, el estado de gestación de la señora accionante no es un tema relevante, para el caso concreto, se debe tener en cuenta que la suspensión del contrato de*

*trabajo resulta ser una garantía de estabilidad en el empleo, pues a pesar de la difícil situación por la que pasa la Compañía, se ha mantenido el vínculo laboral y en ese sentido, a la fecha la señora accionante, como ya se indicó, cuenta con el pago de aportes oportuno al sistema general de seguridad social en salud y en pensión, **y en ese sentido, ella puede acceder a cualquier servicio que requiera en relación con su estado de gestación**". (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

Teniendo en cuenta que la pasiva no controvierte el estado de embarazo de la accionante, dicha condición *per se* la hace sujeto de especial protección constitucional de conformidad con los parámetros establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de donde se desprende que el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas no depende del momento en el cual el empleador tuvo conocimiento del estado de gravidez, puesto que el fuero de maternidad tiene su fuente en la especial protección constitucional que recae sobre las trabajadoras.

Dicho lo anterior, evidencia el Despacho que ANA MARÍA PARRA GUTIERREZ se encuentra legitimada por activa para promover el amparo de sus derechos fundamentales; que la presunta vulneración alegada se dio por la acción de INVERSIONES DAMA SALUD S.A.S., respecto de quien la peticionaria se encuentra en situación de subordinación por el contrato laboral que existe entre sí; que entre la acción presuntamente vulneradora y la interposición de la solicitud de amparo han transcurrido únicamente 2 meses, el cual no es un tiempo irrazonable ni excesivo; y que si bien en principio la legalidad o no de la suspensión del contrato es una discusión de carácter legal, estamos ante un sujeto de especial protección por cuanto se trata de una mujer en estado de embarazo, por lo que es procedente el estudio de las pretensiones mediante la acción de tutela.

Aunado a que este Despacho no puede pasar por alto que teniendo en cuenta las decisiones tomadas por el Consejo Superior de la Judicatura a lo largo de los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11567 como consecuencia del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica que se está viviendo en el territorio nacional (Decreto 417 de 17 de marzo de 2020), en la actualidad no puede la parte accionante acudir a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, en la medida que únicamente se están tramitando determinados asuntos, dentro de los cuales no se encuentran los relacionados con contratos de trabajo, en los que se pueda debatir lo correspondiente a la suspensión del contrato de trabajo.

Bajo los supuestos previamente esbozados, procederá esta juzgadora a analizar si había lugar a efectuar la suspensión del contrato de trabajo de la señora ANA MARÍA PARRA GUTIERREZ, de acuerdo con el numeral 1 del art. 51 del C.S.T., esto es "*Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.*".

Así las cosas, se tiene que el numeral 1º del artículo citado establece que el contrato de trabajo puede ser suspendido por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución "*lo que debe ser entendido armónicamente respecto de lo dicho por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, que establece, a su turno,*

que «Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.³».

Por lo anterior es necesario que el hecho que se reputa como fuerza mayor o caso fortuito, que en este caso es el aislamiento obligatorio decretado por el Gobierno Nacional a raíz de la pandemia ocasionada por el COVID-19, además del Plan de Acción para la Prestación de Servicios de Salud Durante las Etapas de contención y Mitigación de la Pandemia por SARS-COV2 (COVID-19)⁴ en donde se dispuso la suspensión del servicio odontológico no urgente, acredite las condiciones de:

1. **Estar plenamente acreditado:** lo cual se acredita con el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, en virtud del cual se ordenó “el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 25 de marzo de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19.”

Sumado a lo anterior, mediante Resolución 530 de 2020 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social se resolvió adoptar el “Plan de Acción para la Prestación de Servicios de Salud Durante las Etapas de contención y Mitigación de la Pandemia por SARS-COV2 (COVID-19)”, plan que fue publicado en la página del Ministerio de Salud en el link <https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Institucional/Procesos%20y%20procedimientos/PSSS01.pdf> y en virtud del cual se evidencia que en el numeral 7.6 fue suspendida la prestación de servicios de odontología salvo que se tratara de una urgencia.

2. Compartir las características intrínsecas y concurrentes de la **imprevisibilidad e irresistibilidad**, nótese que el Decreto de aislamiento obligatorio es de fecha veintidós (22) de marzo y la orden era a partir del veinticinco (25) de marzo, es decir, las empresas de todo el país tuvieron solo un término de tres (3) días para afrontar la situación; de igual forma para la empresa accionada resultaba irresistible la suspensión de las citas odontológicas, así como tampoco podía ser anticipada por la pasiva.

Considera el Juzgado que ni el Decreto de aislamiento obligatorio ni el Plan de Acción para la Prestación de servicios de salud pudieron ser previsibles, ni mucho menos resistibles al ser producto de los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, por lo que son de obligatorio cumplimiento y de ninguna forma dichas decisiones se desprenden del actuar de la compañía en comento, sino que por el contrario son consecuencia de una situación de salud pública que se dio por situaciones ajenas al normal funcionamiento de la accionada y por ello no le es atribuible.

Aunado a ello, se tiene que las funciones desempeñadas por la accionante, de conformidad con la certificación expedida por la jefe de nómina y SST eran:

3 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL 4849-2018, radicación 67439 de diecisiete (17) de octubre de dos mil dieciocho (2018), MP Ana María Muñoz Segura.

4

- Revisar que el formato de requisición este correctamente diligenciado y sea entregado dentro de los tiempos establecidos por la compañía y gestionar los requerimientos según corresponda.
- Publicar ofertas de empleo en los canales establecidos
- Realizar entrevistas y aplicar pruebas psicotécnicas a los candidatos
- Perfilar a los candidatos
- Generar informe de selección.
- Acompañamiento a los jefes de proceso en la interpretación de las pruebas psicotécnicas y desempeño de los candidatos seleccionados.
- Validar títulos y referencias personales de los candidatos
- Mantener actualizado el cuadro de vacantes
- Informar cierre de selección al área de contratación
- Una vez finalice el proceso de selección informar vía email a los candidatos que no fueron seleccionados.
- Apoyar y hacer seguimiento al proceso inducción de los candidatos que ingresan a la compañía.
- Realizar cotizaciones de actividades de bienestar.
- Con el apoyo del área de mercadeo generar las estrategias de comunicación pertinentes para las actividades de bienestar que se programen.
- Garantizar que la información de actividades de bienestar llegue al personal de la compañía que aplica.
- Identificar y reportar novedades que afecten el clima laboral de áreas o clínicas que pertenecen a la compañía.
- Realizar visitas periódicas a clínicas para realizar seguimiento a los equipos de trabajo e identificar oportunidades de mejora.
- Generar informes de visitas que se realicen.
- Realizar entrevistas de retiro.
- Reportar novedades del perfil de cargo al profesional de formación y desarrollo: Nuevos perfiles, cambios que se deben generar.
- Demás tareas asignadas por el jefe inmediato.

Ahora bien, indicó la empresa accionada que por la difícil situación de la empresa no está contratando nuevo personal, por tanto, las funciones de la accionante se tornaron imposibles de realizar y en ese sentido fue que se suspendió su contrato de trabajo alegando el numeral 1 del artículo 51 relacionado con la configuración de un caso fortuito o fuerza mayor.

Analizadas las funciones de la accionante, evidencia este Despacho que si bien la señora PARRA GUTIERREZ no hace parte del personal de odontología que prestaba las consultas que fueron suspendidas, en el presente caso si se impedía la ejecución de la actividad para la cual fue contratada, como quiera que la misma precisamente en esencia está relacionada con la contratación de personal, incluso debía realizar visitas periódicas a las clínicas de la accionada, funciones que a juicio de este Despacho no podían ser desempeñadas por teletrabajo (en la medida que no existe contrataciones nuevas que deban ser verificadas por la actora) y tampoco presencialmente teniendo en cuenta el aislamiento obligatorio ordenado por el Gobierno, además que se debe tener en cuenta su estado de embarazo.

Del análisis anterior concluye el Despacho que a INVERSIONES DAMA SALUD S.A.S., se le presentó una situación de fuerza mayor que fue irresistible, imprevisible y además que no le es atribuible, por lo que se vio en la necesidad de suspender el contrato de trabajo de la señora ANA MARÍA PARRA GUTIERREZ.

Sin embargo, es necesario determinar si a pesar que de conformidad con las consideraciones de este Despacho se encontraban acreditadas las condiciones para suspender el contrato de trabajo, con ello se vulnerarían los derechos fundamentales de la madre gestante y el que está por nacer.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que como quedó establecido, la mujer gestante goza de estabilidad laboral reforzada, por lo que teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional dicha protección implica no solo el derecho a no ser despedida con ocasión a su condición de embarazo sino de igual forma asegurar que la misma cuente con los ingresos a efectos de no verse afectado su mínimo vital.

Frente a este tema, el máximo tribunal Constitucional en la sentencia SU-071 de 20135 indicó *“En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el fuero de maternidad previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, además de prevenir y sancionar la discriminación por causa o razón del embarazo, **desde una perspectiva constitucional e internacional, debe servir también para garantizar a la mujer embarazada o lactante un salario o un ingreso que le permita una vida en condiciones dignas y el goce del derecho al mínimo vital y a la salud, de forma independiente**”.* (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Así las cosas, no se trata únicamente de la protección a no ser despedida, sino que la misma comprende que durante el estado de gestación, la madre del que está por nacer cuente con su salario a efectos de garantizar su propia subsistencia.

En tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia T-184 de 2012, con ponencia de la Dra. María Victoria Calle Correa, en donde indicó que:

“Es preciso indicar que el asunto bajo análisis difiere del conjunto de precedentes que constituyen la línea de estabilidad laboral reforzada de la mujer gestante. En esos pronunciamientos se ha establecido que la terminación unilateral del vínculo laboral de una mujer embarazada, durante la etapa de gestación y los tres meses siguientes al parto, sin autorización del inspector del trabajo es ineficaz. En este caso se discute si la suspensión del contrato y el pacto de terminación por mutuo acuerdo al que llegaron las partes son compatibles con la Constitución Política.

A pesar de esa diferencia fáctica entre los casos previamente analizados por la Corporación y el que actualmente se estudia, las premisas constitucionales en torno a las cuales gira esa jurisprudencia sí resultan relevantes y plenamente aplicables al caso objeto de estudio, en la medida en que definen el alcance de la protección a la mujer gestante en materia de estabilidad, y desarrollan la prohibición de discriminación, en este escenario, por motivo de maternidad.

(...)

A partir de esas premisas, se desprende de forma evidente que las cláusulas del acta de transacción suscrita entre las partes que significaron la “suspensión” del contrato de trabajo son ineficaces. En primer término, porque obligaron a la peticionaria a renunciar al salario

y las prestaciones sociales durante el período que le restaba de gestación (si bien se canceló la licencia de maternidad) y, segundo, porque desnaturalizaron su derecho a la estabilidad laboral reforzada que no se materializa en la vigencia formal del contrato de trabajo sino en la posibilidad de continuar ejerciendo, materialmente, una actividad productiva.”

Acorde con dicha jurisprudencia, no basta con la vigencia actual del contrato, en la medida que teniendo en cuenta las consecuencias de la suspensión del mismo, la accionante no está devengando su salario, mecanismo necesario para vivir en condiciones dignas.

De otra parte, si bien la accionada en su escrito de contestación indicó que concedió vacaciones a determinado número de empleados, pudo haber optado por esta opción para la actora y con ello, evitar la suspensión del contrato de su trabajadora embarazada, ello teniendo en cuenta que de conformidad con el comprobante de pago de nómina del periodo 2020-03-03, aportado por la demandada, se evidencia que para aquel entonces la demandante tenía 17,375 días acumulados de vacaciones, lo cual pudo ser una alternativa previa a la suspensión del contrato.

Ahora frente a los argumentos esbozados en la contestación encaminados a que la accionante puede suplir la ausencia de salarios con el retiro parcial de cesantías y el adelanto de la prima de servicios, se debe realizar las siguientes precisiones:

1. Si bien la accionante puede hacer retiros parciales de las cesantías lo cierto es que con ello, no se garantiza el mínimo vital de ella y del que está por nacer.
2. Finalmente, si bien indicó la accionada que la señora ANA MARÍA PARRA GUTIERREZ tuvo la oportunidad de solicitar la prima anticipada, lo cierto es que cuando lo hizo se le respondió que ya no se encontraba en término, por lo que finalmente la accionante no dispone en estos momentos de dicho dinero, ello de conformidad con los documentos enviados por la accionante al correo electrónico el cinco (5) de junio de la presente anualidad.

Así las cosas, si bien es legítima a juicio de esta Juzgadora la medida frente a la suspensión del contrato de trabajo, la misma debe ceder ante la protección de los derechos fundamentales de la accionante y del que está por nacer, como quiera que la empresa accionada pasó por alto que la demandante es una mujer gestante, que de no percibir el salario se le estaría afectando no solo su mínimo vital a ella sino también al que está por nacer.

No pasa por alto este Despacho que la empresa accionada con la contestación de la demanda hizo referencia la difícil situación económica en que se encuentra la pasiva, a pesar de ello, no puede ser la trabajadora la que comparta dichas pérdidas, lo anterior acorde con lo establecido en el artículo 28 del CST.

Por lo anterior en el presente caso, a consideración de esta Juzgadora, la tutela debe proceder como mecanismo transitorio a efectos de evitar un perjuicio irremediable o un riesgo mayor al que se encuentra sometida la accionante y el que está por nacer, por lo que habrá de ordenarse el levantamiento de la suspensión del contrato laboral de manera transitoria.

En consecuencia, este Despacho ordenará a la entidad accionada INVERSIONES DAMA SALUD S.A.S., a través de su representante legal el señor JUAN CARLOS GIRALDO CERQUERA o quien haga sus veces, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, deje sin efecto la suspensión del contrato laboral de la señora ANA MARÍA PARRA GUTIERREZ, haciendo la advertencia que se debe tener en cuenta que por el estado de gestación de la accionante esta deberá realizar las labores siguiendo las recomendaciones vigentes del médico tratante. Además, se deberá efectuar el pago de salarios a favor de la demandante desde el día mismo de la suspensión, esto es, desde el ocho (08) de abril de dos mil veinte (2020).

Se hace preciso señalar que esta decisión no impide que con posterioridad al cumplimiento de esta providencia el empleador pueda de mutuo acuerdo con la trabajadora revisar las condiciones del contrato de trabajo o en caso de no existir consenso solicitar se autorice la modificación de las mismas ante el juez natural para ello o que haga uso de figuras como el trabajo en casa, teletrabajo, jornada laboral flexible, vacaciones acumuladas, anticipadas y colectivas, permisos remunerados y salarios sin prestación de servicios, advirtiendo que el empleo de estos mecanismos debe ser con posterioridad a proferirse esta decisión, sin que en ningún caso se puedan emplear los mismos desde la fecha en que se suspendió el contrato hasta el doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)⁶.

Así mismo esta Sede Judicial instará a la accionante a acudir ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, con el fin que ésta sea quien estudie de manera definitiva, si debió o no ser suspendido el contrato de trabajo y si se debe tener en cuenta o no el periodo en que estuvo suspendido el contrato a efectos de liquidar lo correspondiente a prestaciones sociales y demás emolumentos, distintos a los aquí ordenados, advirtiendo que de no interponer la respectiva demanda laboral **dentro de los dos (02) meses siguientes desde que se permita la radicación de procesos ordinarios laborales** (la cual se encuentra suspendida por los temas de salud pública que se están viviendo) conforme se ha señalado, cesarán los efectos del reintegro ordenados en esta providencia.

Finalmente, frente a la entidad vinculada NACIÓN - MINISTERIO DEL TRABAJO, se tiene que las pretensiones serán negadas toda vez que no se demostró vulneración alguna por parte de esta.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO 2º MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada embarazo, a la señora ANA MARÍA PARRA GUTIERREZ.

SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a INVERSIONES DAMA SALUD S.A.S., a través de su representante legal el señor JUAN CARLOS GIRALDO CERQUERA o quien haga sus veces, dentro del término de las cuarenta y ocho (48)

6 Fecha en que se profiere la sentencia de tutela.

horas siguientes a la notificación de esta sentencia, deje sin efecto la suspensión del contrato laboral de la señora ANA MARÍA PARRA GUTIERREZ, haciendo la advertencia que se debe tener en cuenta que por el estado de gestación de la accionante esta deberá realizar las labores siguiendo las recomendaciones vigentes del médico tratante.

TERCERO: ORDENAR a INVERSIONES DAMA SALUD S.A.S., a través de su representante legal el señor JUAN CARLOS GIRALDO CERQUERA o quien haga sus veces, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, efectuar el pago de salarios a favor de la demandante desde el día mismo de la suspensión, esto es, desde el día ocho (08) de abril de dos mil veinte (2020).

CUARTO: INSTAR al señor ANA MARÍA PARRA GUTIERREZ a acudir ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, con el fin que ésta sea quien estudie de manera definitiva, si debió o no ser suspendido el contrato de trabajo y si se debe tener en cuenta o no el periodo en que estuvo suspendido el contrato a efectos de liquidar lo correspondiente a prestaciones sociales y demás emolumentos, distintos a los aquí ordenados, advirtiendo que de no interponer la respectiva demanda laboral **dentro de los dos (02) meses siguientes desde que se permita la radicación de procesos ordinarios laborales** (la cual se encuentra suspendida por los temas de salud pública que se están viviendo) conforme se ha señalado, cesarán los efectos del reintegro ordenados en esta providencia.

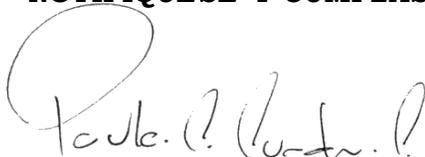
QUINTO: NEGAR el amparo frente a la vinculada NACIÓN - MINISTERIO DEL TRABAJO de conformidad con la parte motiva.

SEXTO: ADVERTIR que teniendo en cuenta el Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica que se está viviendo en el territorio nacional (Decreto 417 de 17 de marzo de 2020), acompasado con los Acuerdos PCSJA20-11518 y PCSJA20-11519, en caso de presentarse impugnación contra la presente sentencia, deberá ser remitida únicamente al correo electrónico **JO2LPCBTA@CENDOJ.RAMAJUDICIAL.GOV.CO, EN UN HORARIO DE ATENCIÓN DE 8:00 A.M. A 01:00 P.M. Y DE 02:00 P.M. A 05:00 P.M.**

SÉPTIMO: En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por secretaría remitase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

OCTAVO: Publicar esta decisión en la página de la Rama Judicial e informar a las partes la forma de consultarlo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



PAULA CAROLINA CUADROS CEPEDA
JUEZ

ⁱ <https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Institucional/Procesos%20y%20procedimientos/PSSS01.pdf>