



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE
VALLEDUPAR – CESAR

FALLO DE TUTELA

Accionante: MARIA MONICA ROJAS GUTIERREZ

Accionados: WINTUKWA IPSI.

Entidad V. NUEVA EPS.

ARL AXA COLPATRIA

Radicado: 200014003007-2022-00307-00.

Valledupar, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

-ASUNTO A TRATAR

Se decide la acción de tutela presentada por MARIA MONICA ROJAS GUTIERREZ, contra de WINTUKWA IPSI, para la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la Vida, Salud, Trabajo, Igualdad, Petición, Debido Proceso, y Mínimo Vita.

HECHOS:

En síntesis, relatan los hechos de esta acción de tutela que, la señora MARIA MONICA ROJAS GUTIERREZ, en la actualidad se encuentra laborando con la empresa WINTUKWA IPSI, a través de un contrato de prestación de servicio desempeñando su cargo de MEDICO GENERAL, desde el mes de noviembre de 2021, hasta la fecha con una vinculación directa con la empresa.

Que, en enero de 2022, le comunica a la señora NOREY MARQUEZ, jefa de talento humano de la entidad, que se encuentra en estado de gestación con 6 meses de embarazo aproximadamente, aclarándole que es un embarazo de alto riesgo por estar presentando cardiacos, tales como arritmia cardiaca de tipo taquicardia sinusal inapropiada, FA, e hipertensión arterial crónica, siendo su empleador conocedor de estas patologías que sufre la accionante.

Indica que en varias ocasiones notifico a la accionada de las incapacidades y hospitalizaciones, que además también les solicito la realización del pago de la seguridad social ya que le suspendió los servicios de salud y requiere realizarse un examen médico TEST DE AVIDEZ PARA RUBEOLA, ya que padecía de esa enfermedad lo cual aumenta el riesgo de su embarazo obteniendo como respuesta de manera verbal que todos los empleados se encontraban en la misma situación.

Aduce que la accionada WINTUKWA IPSI, no ha tenido consideración con ella y no le ha brindado una protección, ya que continua con sus labores normales como lo son atención presencial a pacientes de todo tipo de patología en especial los de sintomáticos respiratorios (COVID 19 POSITIVO) quien además debe relajar búsqueda activa de pacientes, para TUBERCULOSIS PULMONAR, lo cual contradice lo contemplado en el concepto 25917, del minproteccion social del 01 de febrero de 2011.

Que el día 04 de marzo del presente año, fue valorada por el médico especialista en PERINATOLOGIA, y le ordeno reubicación del puesto de trabajo y valoración por medicina laboral, que el día 7 de marzo del 2022, Amancio indispueta con CEFALEA DE MODERADA A AGUDA MALESTAR GENERAL Y CON SINTOMAS PROPIOS DEL EMBARAZO, por lo que solicito a la EPS (NUEVA EPS) una cita prioritaria la cual no fue posible que se le asignaran porque aprecia suspendida de los servicios en salud por falta de pago.

Por los motivos anteriormente expresados, decidido no presentarse a laborar notificándole a su jefe inmediato las razones, quien le aviso a la facturadora BUNKUA ZABALETA, para que no le facture pacientes porque la doctora se va ausentar, del mismo modo envié un escrito donde les comunica que se encuentra indispueta de salud y no pude presentar una excusa médica por tener los servicios médicos suspendidos.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE
VALLEDUPAR – CESAR

Manifiesta que radico derecho de petición donde solicita el pago de la seguridad social, para evitar posteriores atrezos y les solicito la reubicación laboral ordenada por el especialista en PERINATOLOGIA, MA VALORACIONES POR MEDICINA LABORAL, que el día 8 de marzo del 2022, continúo indispueta de salud, y acudió a los servicios de urgencia en la CLÍNICA ALTA COMPLEJIDAD, y no pudo ser atendida porque se encuentra suspendida de los servicios en salud, y le manifestaron que la única forma de ser atendida es que debía ingresar de manera particular lo cual accedió porque se encontraba mal de salud, que la clínica anteriormente referenciada envió oficio a la empresa accionada informándole su estado de salud y su ingreso con el fin de que se obligara a realizar el pago de la seguridad social, el cual se hizo efectivo ese día.

El día 8 de marzo de 2022, fue ingresada con cifras tensionales levemente aumentada lo cual halaba en razón a la cefalea intensa que padecía razón por la cual fue incapacitada por 10 días con control por consulta externa y posteriormente a su ingreso clínico asistió a control prenatal donde fue prorrogada la incapacidad por 3 días más y una vez vencido el termino de dicha incapacidad se reintegró laboralmente, sin tener respuesta a la petición por ella radicada y sin ser remitida a al médico de medicina laboral, y al puesto de trabajo llego la jefe de talento humano y le manifestó que debe continuar laborando normal como se venia haciendo y de manera presencial, y ordena que le ingresen paciente, por lo que retomo sus labores normalmente.

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos relacionados, solicita MARIA MONICA ROJAS GUTIERREZ, se tutelen sus derechos fundamentales a la salud, a la Vida, Salud, Trabajo, Igualdad, Petición, Debido Proceso, y Mínimo Vita por la WINTUKWA IPSI, por lo tanto, se ordene a dicha empresa:

- Que, en el término de 48 horas, se ordene el reposo total durante el periodo que dure su embarazo, se ordene el pago de la seguridad social y de sus salarios mensuales durante el periodo de embarazo y posterior al periodo de lactancia y así mismo se ordene a la accionada, se abstenga de abrirle un proceso disciplinario en su contra y que por el contrario se compulse copia a la Superintendencia de Salud, Ministerio de Salud, Ministerio de Trabajo, Secretaria de Salud Departamental, así como todos los órganos competentes para que tomen medidas en el asunto y determinen los actos violatorios a sus derechos fundamentales.

PRUEBAS

Por parte de la actora: MARIA MONICA ROJAS GUTIERREZ

1. Copia de la historia clínica con antecedentes y paraclínicos de la patología de base.
2. Copia del permiso de solicitud de horario de la tarde del día 04/03/2022 con visto bueno para cita de perinatología.
3. Copia de las ordenes medicas e historias clínicas de perinatología.
4. Copia de la excusa por inasistencia del día 07 de marzo de 2022, justificando que se encuentra indispueta y sin servicios de salud.
5. Copia del derecho de petición.
6. Copia de los recibos enviados a su correo electrónico de pago en efectivo de su seguridad social del día 08 de marzo de 2022.
7. Copia de la incapacidad medica emitida por la clínica alta complejidad y copia de la incapisidad emitida por la NUEVA EPS.
8. Copia de los captures de los chats por WhatsApp con el señor Nelson Romero y la doctora Leyla Millán y Astrid Cervantes Molinares.
9. Copia de los captures y audios de las conversaciones de llamadas telefónica con las personas antes mencionadas.
10. Copia de la historia clínica de hospitalización por complicaciones e inició de preclamsia.
11. Copia de los pantallazos del correo electrónico.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE
VALLEDUPAR – CESAR

12. Copia de la Historia clínica, órdenes médicas, formulas con aumento de dosis máxima de antihipertensivos incapacidad medica emitida por la perinatología.

Por parte de la entidad accionada WINTUKWA IPSI.

1. Copia de los documentos que acompañan la presente respuesta, como la remisión a medicina laboral.
2. Las grabaciones hechas por la accionante a las 4 y 30 de la tarde donde da cuenta que no tenía la incapacidad y se encontraba buscándola.
3. Solicita la recepción de los testimonios de la Dr. leyla Millán coordinadora de servicios en relación a la grave afectación del servicio de salud que se ha dado en relación al trato y relacionamiento de la entidad con la doctora María Mónica.

TRAMITE SURTIDO POR EL JUZGADO

Por auto de fecha, Diecisiete (17) de mayo de dos mil veintidós (2022), se admitió la solicitud de tutela y, en el mismo auto se ordenó, requerir a la entidad accionada para que suministrara todo sobre los hechos que dieron origen a esta tutela.

Posteriormente mediante auto de fecha Veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022), se ordenó vincular a la EPS a la cual se encuentra afiliada la Accionante y a la ARL, para que se pronuncien de los hechos y pretensiones alegados en la presente acción de tutela.

RESPUESTA DE CLÍNICA WINTUKWA IPSI.

La entidad accionada a través de su representante legal Dra. ANA PAOLA MINDIOLA ROMO, señalo lo siguiente:

Manifiesta la accionada que la presente acción de tutela, debe declararse improcedente, toda vez que para la presente acción de tutela rige el principio de subsidiaridad, ya que para estos eventos solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa para hacer valer sus derechos, salvo cuando aquella utilice este medio como transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Indica que es claro que en el presente caso la accionante debe acudir en primera medida a medicina laboral, para que sea esta quien determine conforme al procedimiento establecido establezca las incapacidades generadas por su condición de salud en es especial de embarazo.

Que la entidad remitió a la accionante, a una valoración por medicina laboral, mas sin embargo esta no asistió y pretende a través de este medio constitucional, no cumplir con los requisitos legales, además indica que son respetuosa con las decisiones tomadas por medicina laboral, quienes son los encargados de tomar la acciones a seguir respecto del caso de la accionante, y que si la situación es bastante grave se dispondrá a contratar otro personal médico que atienda a los pacientes los cuelas se están viendo afectaos con la situación de la Dr. ROJAS GUTIERREZ.

Frente al hecho PRIMERO manifestó la accionada, que es cierto que la Dra. María Mónica Rojas Gutiérrez, labora en esa entidad,

AL hecho SEGUNDO, manifiesta que la entidad tiene conocimiento del estado de embarazo que se encuentra la Dra. ROJAS GUTIERREZ, en el mismo momento que fue contratada, el cual no fue obstáculo ya que nunca se le solicito prueba de embarazo ya que son garantes y respetuosos de los derechos humanos y en espacial de la s mujeres.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE
VALLEDUPAR – CESAR

En cuento al hecho TERCERO, manifestó que la médica que tenía antecedentes cardiovasculares si bien, es cierto que la accionante sufrió de covid -19, y sufre antecedentes inherentes a esa patología la cual adquirido en casa paterna no en actividad laboral, es esta IPSI, donde realizaba teletrabajo, según lo dispuesto por el Ministerio de la Protección Social.

Respecto al hecho CUARTO, considera que el embarazo es un proceso natural y como tal la mujer continúa realizada las actividades como trabajadora de esa entidad y sin ningún tipo de discriminación.

Al hecho QUINTO, indica que la valoración por el especialista en perinatología es cierta y que además la médica entrego Un oficio de este especialista que establece reubicación del puesto de trabajo y valoración por medicina laboral, lo que no es cierto que el especialista en perinatología tenga entre sus funciones solicitar reubicación del puesto de trabajo.

En el hecho SEPTIMO, indica que la accionante no esta recibiendo un trato discriminatorio por parte de ellos, si no que el flujo del sistema origino graves perjuicio a la entidad y que no solo a ella si no que a todos los funcionarios y que una vez analizada la situación se adelantaron todos los procedimientos necesarios para el pago de la Seguridad Social en salud, mientras que llegaban los demás recursos que le permitan a la entidad cubrir los salarios.

Al hecho OCTAVO, manifiesta que la entidad siempre ha querido tener claridad y conocimiento pleno de la situación de la accionante, y por esas razones le solicitaron que hiciera llegar la historia clínica para tener conocimiento de la verdadera situación de la accionante.

En el hecho NOVENO, indican que el embarazo no es una incapacidad si no un proceso normal de las mujeres y que tal medida ellas están en la plena capacidad de realizar todas las actividades propias de su trabajo, mas cuando no ha asistido a medicina laboral siendo este la forma y el procedimiento legal establecido para que se determine con claridad cual es la real condición de salud en que se encuentra la usuaria.

Al hecho DECIMO, reitera que la accionante no hizo llegar la historia clínica ni los elementos necesarios para que la entidad pueda determinar la gravedad y complejidad de la situación.

En cuento al hecho DECIMO PRIMERO, que el asesor jurídico por ordenes directa de la gerencia no llama a reclamar, sino que la llama para que le informara con antelación su estado esto para que no sufran los usuarios ya que se debía hacer la programación de los pacientes.

En cuanto al requerimiento hecho por el juzgado, indica que la accionante no ha sufrido ningún tipo de enfermedad laboral, y que para garantizarle sus derechos fue remitida al médico laboral de la entidad previo de asistir ala ARL, pero que esta no asistió a la cita

RESPUESTA DE LA ENTIDAD VINCULADA LA NUEVA EPS.

Manifiesta la accionada que una vez verificando el Sistema integral de NUEVA EPS, se evidencia que la accionante está en estado activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL REGIMEN CONTRIBUTIVO, desde el 14/10/2015, actualmente en calidad de cotizante y con un ingreso base de cotización de \$4.937.073.

India la entidad vinculada que NUEVA EPS, tiene como única política, acatar y cumplir fielmente las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el Plan Obligatorio de Salud, en tal sentido, NUEVA EPS, en ningún momento incurrirá en una conducta dolosa y, aún ni siquiera culposa para no prestar un servicio; por el contrario, tal y como se ha manifestado esta entidad ha obrado en derecho dando cumplimiento a sus obligaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE
VALLEDUPAR – CESAR

Teniendo en cuenta los antecedentes planteados, se tiene que el problema jurídico que le compete resolver a este despacho, se circunscribe a determinar 1. Si la acción de tutela resulta procedente para reclamar el pago de salarios. 2) En el evento de ser procedente determinar si la accionada WINTUKWA IPSI, ha vulnerado o no los derechos fundamentales a la Seguridad Social, salud, a la Vida, Salud, Trabajo, Igualdad, y Mínimo Vital de la actora MARIA MONICA ROJAS GUTIERREZ, al no realizarle el pago de la seguridad social y de sus salarios mensuales durante el periodo de embarazo, 3) Si ha vulnerado los derechos al Debido Proceso al seguir un proceso disciplinario en su contra al estar incapacitada. 4) Si se ha vulnerado el derecho de petición al omitir dar respuesta a las peticiones elevadas en fecha 7 de marzo de 2022 y 31 de marzo de 2022

SOLUCIÓN

La respuesta que viene al problema jurídico 1. Es que si bien en principio la acción de tutela sería procedente en tratándose de una garantía de la mujer en estado de gestación el contar con medios económicos para su subsistencia y del que está por nacer, en el sub lite no se especifica que salarios están dejados de percibir se efectúa la manifestación generalizada y en ninguno de los documentos aportados se puede inferir en efecto cuales son los que se omiten de pagar y a la vez en la contestación la IPSI accionada afirma que en cuanto a la pretensión de salarios se han venido cancelando y que están realizando las gestiones de los recursos económicos para cubrir los salarios, a lo que se auna que la actora ha venido manifestando que ha estado incapacitada seguidamente de lo cual por el sistema de seguridad social se recibe un auxilio que constituye el salario, de lo que se infiere que la actora está devengando durante este periodo, por lo que respecto de esta pretensión el despacho no emitirá orden de amparo distinta a conminar a la accionada a abstenerse de cancelar los salarios o pagar los días que le correspondan por las incapacidades que se generen en aras de no poner en riesgo la subsistencia de la accionante.

2) En torno a la vulneración del derecho a la Seguridad Social es evidente que en efecto al omitir el pago de los aportes a la seguridad social vulnera este derecho de la accionante, y la acción de tutela resulta procedente para reclamar su tutela pues ello está vinculado en este específico caso con la atención de su salud. Si bien se garantiza el derecho a la atención de la mujer embarazada pone de presente la actora las múltiples vicisitudes (consistentes entre otros a la negación en el suministro de medicamentos ordenados al punto de tener que costearlos), a las cuales se ha enfrentado debido a los retrasos en los pagos que ha incluso aceptado la accionada y que afirma achaca a trámites administrativos que no tiene por que trasladarse a los usuarios del sistema de salud. En cuanto a la **Reubicación laboral pretendida por la actora**

3) Respecto al derecho al Debido Proceso alegado por la actora como vulnerado por el hecho de ser constantemente citada a descargos estando incapacitada, estima el despacho que la acción de tutela para obtener un pronunciamiento relacionado con este asunto es improcedente pues la actora cuenta con la oportunidad al interior del mismo al rendir los descargos y máxime cuando éste en la actualidad se encuentra suspendido como se pudo de presente por la accionada.

4) Respecto del derecho de petición radicado ante WINTUKWA IPSI,, se encuentra demostrado que esta entidad accionada no dio respuesta al mismo conforme se verifica en la contestación.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares, en los casos específicamente previstos por el legislador.

En consonancia con dicho mandato superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política", establece lo siguiente:



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE
VALLEDUPAR – CESAR

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA MUJER EMBARAZADA.

“LA PROTECCIÓN PREVALENTE Y CONTINUA EN SALUD A LA MUJER DURANTE EL EMBARAZO O EL PERIODO DE LACTANCIA Y A SUS HIJOS MENORES DE EDAD”

1. El Sistema General de Seguridad Social en Salud está diseñado para garantizar la protección del derecho a la salud sin perjuicio de que la mujer en estado de embarazo o en periodo de lactancia se encuentre desempleada. En efecto, la ley estableció como principio del sistema de salud la **prevalencia de derechos de las mujeres en estado de embarazo y en edad reproductiva** y de los niños, las niñas y adolescentes, para garantizar su vida, su salud, su integridad física y moral y su desarrollo armónico e integral².

2. De este modo, el Legislador, en desarrollo del deber constitucional de diseñar un sistema de seguridad social integral, basado en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, expidió la Ley 100 de 1993. Dicho sistema se estructuró con el propósito de procurar el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, mediante la protección de las principales contingencias que los afectan a partir de cuatro componentes básicos: (i) el sistema general de pensiones; (ii) el sistema general de salud; (iii) el sistema general de riesgos laborales; y (iv) y los servicios sociales complementarios³.

En lo atinente al Sistema General de Seguridad Social en Salud y en consideración del principio de universalidad en la cobertura del servicio, el artículo 157 de la mencionada ley estructuró dos tipos de regímenes, el Contributivo y el Subsidiado, cuya distinción se fundamenta en la capacidad económica del afiliado.

3. Al **Régimen Contributivo** pertenece la población con capacidad económica para cotizar en el sistema y sus beneficiarios, ya sea por encontrarse vinculados a un contrato de trabajo, ser acreedores de una pensión o por ser trabajadores independientes⁴. Este régimen es administrado a través de las Empresas Promotoras de Salud (E.P.S.). El Decreto 2353 de 2015, estableció que pueden pertenecer al régimen contributivo en calidad de beneficiarios “los **miembros del núcleo familiar del cotizante de conformidad** con lo previsto en el presente decreto, siempre y cuando no cumplan con alguna de las condiciones señaladas en el numeral 34.1 del presente artículo”⁵.

Así mismo, el Decreto 2353 de 2015 consagró en su artículo 38 la figura del **afiliado adicional**, por la cual el cotizante puede afiliar como beneficiarias a aquellas personas que tenga a su cargo, dependan económicamente de éste y se encuentren hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, además de que no cumplan con los requisitos para ser cotizantes o beneficiarios en el régimen contributivo, “de manera que podrán incluirse en el núcleo familiar

¹ Las consideraciones que se presentan en este acápite fueron parcialmente tomadas de las sentencias T-314 de 2016, T-606 de 2016, T-673 de 2017, T- 210 de 2018 y T-235 de 2018, de la Magistrada Sustanciadora Gloria Stella Ortiz Delgado.

² Ley 1438 de 2011. “Artículo 3”. PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. (...) 3.5 Prevalencia de derechos. Es obligación de la familia, el Estado y la sociedad en materia de salud, cuidar, proteger y asistir a las mujeres en estado de embarazo y en edad reproductiva, a los niños, las niñas y adolescentes, para garantizar su vida, su salud, su integridad física y moral y su desarrollo armónico e integral. La prestación de estos servicios corresponderá con los ciclos vitales formulados en esta ley, dentro del Plan de Beneficios”.

³ Sentencia SU-130 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴ Sentencia T-115 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵ Artículo 34.1 del Decreto 2353 de 2015. El resaltado es de la Sala.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE
VALLEDUPAR – CESAR

*pagando la UPC correspondiente a su grupo de edad, el per cápita para promoción y prevención, y un valor destinado a la subcuenta de solidaridad equivalente al 10% de la sumatoria del valor de los dos conceptos*⁶.

4. *Ahora bien, en virtud del deber del Estado de garantizar la cobertura progresiva del sistema de salud a toda la población, esta Corporación ha señalado que los hermanos de los cotizantes también pueden ser afiliados al servicio de salud en calidad de beneficiarios sin exigirles ningún aporte adicional*⁷.

*Así las cosas, todas las personas tienen la posibilidad de acceder al Sistema de Seguridad Social en Salud, tanto en calidad de cotizantes como en condición de beneficiarios en el Régimen Contributivo. En este sentido, es importante destacar que las mujeres embarazadas o en período de lactancia que se encuentren desempleadas **pueden ser beneficiarias dentro del Régimen Contributivo** en tanto miembros del núcleo familiar del cotizante o en calidad de afiliados adicionales.*

5. *En cuanto al **Régimen Subsidiado**, es pertinente anotar que al mismo pertenece la población sin capacidad contributiva o que no cuenta los recursos suficientes para cubrir la totalidad de su cotización, en aplicación del principio de solidaridad. Igualmente, se debe señalar que el Régimen Subsidiado es administrado por las EPS-S y, en desarrollo del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, tiene la obligación de otorgar una especial protección a “las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia, (...) las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año (...)”⁸, entre otros.*

6. *Por otra parte, en virtud del principio de universalidad, la norma citada estableció en su momento una tercera categoría perteneciente también al Sistema de Seguridad Social en salud, denominada “participantes vinculado”, condición temporal destinada a cubrir a la población pobre y vulnerable y a sus grupos familiares que “por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiados del régimen subsidiado, tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado”⁹.*

*Posteriormente, el artículo 32 de la **Ley 1438 de 2011** determinó que el Gobierno Nacional desarrollaría todos los mecanismos para garantizar la afiliación de todos los residentes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Así mismo, la norma establece que cuando una persona que requiera atención en salud, no se encuentre afiliada al sistema, ni tenga capacidad de pago, **deberá ser atendida obligatoriamente por la entidad territorial y ésta última deberá iniciar el proceso para que la persona se pueda afiliar al sistema en el régimen contributivo o subsidiado.***

7. *La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades acerca de la introducción del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 en el ordenamiento jurídico. Así, tanto las Salas de Revisión¹⁰ como la Sala Plena de esta Corporación, en la **Sentencia SU-677 de 2017**¹¹, se han referido a esta disposición y han establecido que presenta dos consecuencias jurídicas: (i) la desaparición de la calidad de participante vinculado consagrada en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993;*

⁶ Sentencia T-074 de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁷ Ver Sentencia T-1054 de 2008, en la que la Corte indicó que determinó que era procedente proteger los derechos fundamentales invocados por los tutelantes y procedía la afiliación de los niños como beneficiarios de su tía.

⁸ Sentencia T-593 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁹ Ley 100 de 1993, artículo 157.

¹⁰ Sentencias T-611 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); T-614 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); T-314 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-421 de 2017 (M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo).

¹¹ Sentencias T-611 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); T-614 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); T-314 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-421 de 2017 (M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo).



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE
VALLEDUPAR – CESAR

(ii) la obligación de las entidades territoriales de **garantizar la prestación de los servicios básicos de salud a la población no afiliada y de iniciar los trámites necesarios para su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud** de conformidad con los requisitos exigidos por la ley.

8. Ahora bien, en relación con la protección especial de la cual son titulares las mujeres gestantes y en periodo de lactancia dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, el **artículo 166 de la Ley 100 de 1993**, establece que las mujeres en estado de embarazo, en virtud del Plan Obligatorio de Salud y en cualquiera de los regímenes de afiliación, tendrán acceso a los servicios de salud entre los cuales se enuncian: (i) controles prenatales; (ii) atención del parto; (iii) control de postparto; y (iv) atención de afecciones relacionadas directamente con la lactancia.

Así mismo, el Plan Obligatorio de Salud para los menores de un año debe cubrir, de acuerdo con la disposición normativa referida: (i) la educación; (ii) información y fomento de la salud; (iii) el fomento de la lactancia materna; (iv) la vigilancia del crecimiento y desarrollo, la prevención de la enfermedad, incluyendo inmunizaciones, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencias, además de los medicamentos esenciales; y (v) la rehabilitación cuando hubiere lugar.

9. Adicionalmente, el precedente constitucional ha establecido la **prohibición de excluir completamente del sistema de salud a una mujer en estado de embarazo**. Por ejemplo, en la **Sentencia SU-111 de 1997** se reiteró la regla en mención toda vez que no se protegen únicamente sus derechos a la salud y a la maternidad, sino también el valor de la vida:

"Adicionalmente, esta misma jurisprudencia ha definido también que el alcance de la seguridad social como derecho fundamental, surge igualmente cuando quien pretende hacerlo valer es una persona que requiere de una especial protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, las personas de la tercera edad y las mujeres cabeza de familia, entre otras.

*(...)Y no cabe la renuncia o la exclusión de estos derechos, menos aun cuando se trata de una mujer embarazada porque la protección ya no es solamente por el derecho a la salud sino por el derecho a la maternidad, y no solo es para la mujer sino también para el nasciturus. Se considera que esta protección se basa en los artículos 5, 42, 43, 44 y 53 de la C. P. y también en el artículo 13 ibídem porque "la protección a la mujer embarazada tiene otro fundamento constitucional, a saber la búsqueda de una igualdad real y efectiva entre los sexos". Luego, **no es constitucional que se expulse del sistema de seguridad social en salud a una mujer embarazada, que por mandato constitucional (artículo 43) goza de especial asistencia y protección del Estado.**"¹² (Negrilla fuera del texto original)*

10. En igual sentido, la **Sentencia T-177 de 1999**¹³ reiteró que, de acuerdo con el artículo 213 de la Ley 100 de 1993, son beneficiarias del Régimen Subsidiado en salud, las mujeres gestantes en estado de pobreza¹⁴. Por consiguiente, la

¹² Sentencia SU-111 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹³ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁴ Sentencia T-177 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz. "El artículo 213 de la Ley 100 de 1993, relativo a los beneficiarios del régimen subsidiado de seguridad social en salud, indica que se beneficiará del mismo toda la población pobre y vulnerable del país, en los términos del artículo 157 de la misma ley. De acuerdo con esta última norma, los afiliados al régimen subsidiado serán aquellas personas "sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización", pertenecientes a "la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana". A renglón seguido, el artículo 157 en comento establece que, dentro de la población pobre y vulnerable beneficiaria del régimen subsidiado, tienen particular importancia "las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE
VALLEDUPAR – CESAR

jurisprudencia constitucional también se ha referido a la atención prioritaria que debe brindarse a las mujeres embarazadas que se encuentran calificadas en los niveles 1 y 2 del SISBEN, por lo cual las entidades territoriales tienen la obligación de identificarlas¹⁵.

De la misma forma, esta Corporación ha manifestado que así como se protege a la mujer en estado de embarazo también existe una especial protección para los recién nacidos en virtud del artículo 44 de la C.P. y sus derechos son prevalentes, especialmente los derechos a la salud, a la vida y a la integridad, entre otros.

11. *existen normas reglamentarias que expresamente prohíben que se niegue la atención de las mujeres embarazadas y sus hijos menores de edad, en los casos de mora en el pago de las cotizaciones. Sobre el particular, el artículo 2.1.9.5. del Decreto 780 de 2016 dispone:*

“Artículo 2.1.9.5. Garantía de la prestación de los servicios a las mujeres gestantes y beneficiarios menores de edad por efectos de la mora. Cuando exista mora y se trate de un cotizante independiente o dependiente o de un beneficiario, los servicios del plan de beneficios seguirán garantizándose través de la EPS a las madres gestantes por el periodo de gestación y a los menores de edad por el plazo previsto en el numeral 6 del artículo 2.1.9.6 del presente decreto.”

12. *Por otra parte, como fue expuesto en acápites anteriores de la presente decisión, la Ley 1636 de 2013 contempla un seguro de salud por desempleo. En tal sentido, el artículo 12 de la aludida normativa dispone que las personas desempleadas pueden acceder al pago de aportes al Sistema de Salud y Pensiones calculados sobre la base de un salario mínimo, durante un tiempo determinado. De igual manera, el artículo 53 del Decreto 2852 de 2013 establece las reglas para que se financien tales cotizaciones y se efectúe su pago por intermedio de las Cajas de Compensación Familiar a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes.*

13. *En conclusión, en cumplimiento de los principios de universalidad, integralidad, eficiencia y prevalencia de derechos, la cobertura del Sistema de Seguridad Social en Salud debe abarcar a toda la población. De este modo, el Legislador ha previsto la existencia de dos regímenes de afiliación, con el propósito de garantizar el acceso a los servicios de todos los residentes en Colombia. Por tanto, pese a la eliminación de la categoría de participantes vinculados, resulta claro que las personas que aún no se encuentran afiliadas al Régimen Contributivo o al Subsidiado tienen derecho a recibir la prestación de los servicios básicos de salud, con cargo a las entidades territoriales. Adicionalmente, se debe resaltar que en cualquiera de las modalidades de afiliación o vinculación se prevé una especial protección para las mujeres durante la gestación, después del parto y en el periodo de lactancia.*

14. *Así las cosas, a partir de la especial protección constitucional prevista para las mujeres embarazadas y los niños menores de dos años, existen diferentes mecanismos de garantía de su derecho a la salud mediante los cuales se asegura su acceso a las prestaciones, servicios y tecnologías en salud. De este modo, con independencia de que la mujer gestante esté vinculada laboralmente, puede recibir atención en salud en el Régimen Contributivo como beneficiaria o afiliada adicional. Igualmente, mediante el mecanismo de protección al cesante se garantiza el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud para aquellas mujeres embarazadas que se encuentren en situación de desempleo.*

Además, en caso de no contar con recursos económicos, puede afiliarse al Régimen Subsidiado, con el fin de recibir atención médica oportuna en las distintas etapas de la gestación, postparto y lactancia, además de otros beneficios.

independientes, artistas y deportistas, toreros y subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago”.

¹⁵ Sentencia T-177 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE
VALLEDUPAR – CESAR

Finalmente, la Sala concluye que, **en todo caso**, las mujeres en estado de embarazo o en período de lactancia y sus hijos deben ser atendidos por el Sistema de Seguridad Social en Salud, aún si no se encuentran afiliados al Régimen Contributivo o al Subsidiado. 16

- DEL DERECHO A LA REUBICACIÓN LABORAL

El artículo 8 de la Ley 776 de 2002, prevé el derecho de todos los trabajadores a la reubicación laboral, en los siguientes términos:

“Artículo 8. Reubicación del trabajador. Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios.”

-EL DERECHO A LA REUBICACIÓN LABORAL – REITERACIÓN

21. Del derecho a la estabilidad laboral reforzada nace la garantía que tienen los trabajadores que por algún motivo ven menguadas sus condiciones físicas o psíquicas por una enfermedad o accidente y, por lo tanto, se encuentran en situación de debilidad manifiesta o de discapacidad a la reubicación laboral. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no puede entenderse únicamente como la limitación que existe para retirar al trabajador que ha sufrido una disminución en su estado de salud, sino también como la posibilidad que tiene ese trabajador de ser reubicado en un puesto que pueda desempeñar conforme a sus condiciones de salud⁶⁴.

En ese sentido, el artículo 8 de la Ley 776 de 2002⁶⁵ establece lo siguiente:

“Artículo 8. Reubicación del trabajador. Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios.”

Lo anterior significa que, frente a una enfermedad o accidente, el trabajador puede continuar desempeñando su labor o se le podrá asignar una diferente en iguales o mejores condiciones, situación que encuentra fundamento en los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, así como en los derechos al trabajo y a la dignidad. En ese sentido, la reubicación laboral es una forma de conciliar los intereses de ambas partes (trabajador y empleador), en tanto que se le permite a la persona afectada en su salud potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente, pese a la condición que le sobrevino y, a la empresa o entidad, maximizar la productividad de sus funcionarios.

21.1. En la sentencia T-1040 de 2001, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional estableció que, para efectos de la reubicación laboral, debían tenerse en cuenta como mínimo estos tres aspectos: “1) el tipo de función que desempeña el trabajador, 2) la naturaleza jurídica y 3) la capacidad del empleador.” En el mismo sentido, la citada providencia consagró una excepción al deber de reubicación laboral, en los siguientes términos: “Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación”.

21.2. Ahora bien, la reubicación laboral no implica únicamente el cambio de funciones a unas compatibles con la salud del trabajador, sino que existen unos criterios mínimos que la jurisprudencia constitucional ha fijado y que deben ser tenidos en cuenta tanto por el empleador, como por el juez constitucional al momento de realizar u ordenar la reubicación de un trabajador en otra labor diferente:



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE
VALLEDUPAR – CESAR

- “(i) Gozar de todos los beneficios que se desprenden de la ejecución de su trabajo;*
- (ii) Permanecer en su cargo mientras no se configure una causal objetiva que justifique su desvinculación;*
- (iii) Desempeñar trabajos y funciones acordes con sus condiciones de salud que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia;*
- (iv) Obtener su reubicación laboral en un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales al cargo que ocupaba antes, es decir, de ninguna manera el nuevo cargo podrá derivar en la violación de su dignidad o en la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital;*
- (v) Recibir la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones;*
- (vi) Obtener de su empleador la información necesaria en caso de que su reubicación no sea posible, a fin de que pueda formularle las soluciones que estime convenientes”¹⁵⁶¹*

De lo anterior se desprende que el nuevo cargo que desempeñe el trabajador reubicado deberá, entre otras cosas, permitirle gozar de todos los beneficios que se desprendan de la ejecución de dicha labor. En esa medida, los beneficios no podrán ser inferiores a lo que tenía en el cargo anterior, sino que deberán ser iguales o superiores, puesto que la reubicación no puede desencadenar en una vulneración a los derechos a la vida digna y el mínimo vital.

Adicionalmente, el nuevo cargo deberá ser compatible con el estado de salud del trabajador y con las recomendaciones médicas expedidas por los profesionales de la salud. Lo anterior significa que el empleador tiene que asignar una labor en la que se garantice el pleno desarrollo del potencial del trabajador. Por lo mismo, la empresa o entidad no podrá desvincular al trabajador de ese nuevo cargo, salvo que exista una causal objetiva para dar por terminado dicho vínculo contractual y, en todo caso, deberá solicitar la debida autorización a la respectiva autoridad del trabajo, por tratarse de una persona en situación de debilidad manifiesta.

En la sentencia T-1040 de 2001, además, se indicó que para garantizar el ejercicio real del derecho a la reubicación laboral, “debe estar acompañada de la capacitación necesaria para que el trabajador se desempeñe adecuadamente en su nueva labor. Así, el artículo 54 de la constitución se refiere específicamente a las obligaciones que le competen al Estado y a los empleadores en lo que se refiere a la habilitación profesional y técnica y a la obligación de garantizar a los disminuidos físicos el derecho al trabajo de acuerdo con sus condiciones de salud”.

21.3. En otras palabras, los criterios señalados por la jurisprudencia constitucional tienen como finalidad garantizar y respetar principios como la igualdad, la solidaridad y la dignidad humana. Así como, materializar las garantías constitucionales y legales que protegen a los trabajadores que debido a una enfermedad o accidente se encuentran en situación de debilidad manifiesta o de discapacidad, particularmente la estabilidad laboral reforzada”.¹⁷

CASO CONCRETO

Descendiendo al presente caso, se tiene que, la accionante MARIA MONICA ROJAS GUTIERREZ reclama la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la Vida, Salud, Trabajo, Igualdad, Petición, Debido Proceso, y Mínimo Vita que están siendo vulnerados por WINTUKWA IPSI., al negarse realizarle el pago de la seguridad social y de sus salarios mensuales durante el periodo de embarazo y posterior al periodo de lactancia y así mismo se ordene a la accionada, se abstenga de abrirle un proceso disciplinario en su contra.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA¹⁸.

¹⁷ T-203 de 2017

¹⁸ Con el objetivo de respetar el precedente constitucional, promover una mayor eficiencia en la administración de justicia y habida cuenta de que la Corte Constitucional ha decantado un estándar para resumir de manera detallada las reglas jurisprudenciales sobre los requisitos de procedencia de la acción de tutela se tomarán como modelo de reiteración los parámetros fijados por la Magistrada Sustanciadora en las Sentencias T-583 de 2017, T-401 de 2017, T-340 de 2017, T-662 de 2016 y T-594 de 2016.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE
VALLEDUPAR – CESAR

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA Y POR PASIVA.

Conforme al artículo 86 de la Carta Política, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

En el caso objeto de estudio, se encuentra acreditado que las accionantes MARIA MONICA ROJAS GUTIERREZ tienen **legitimación por activa** para formular la acción de tutela de la referencia, toda vez que son personas naturales que reclaman la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, presuntamente vulnerados por los particulares accionados¹⁹.

Por su parte, la legitimación por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso²⁰.

La Corte Constitucional ha considerado que el amparo constitucional puede formularse de manera excepcional contra un particular, debido a que en sus relaciones jurídicas y sociales pueden presentarse asimetrías que generan el ejercicio de poder de unas personas sobre otras²¹.

De esta manera, la Corte ha interpretado los artículos 86 Superior y 42 del Decreto Ley 2591 de 1991 y ha precisado las siguientes subreglas jurisprudenciales, según las cuales la acción de tutela procede excepcionalmente contra particulares cuando: (i) están encargados de la prestación de un servicio público²²; (ii) su actuación afecta gravemente el interés colectivo²³; o (iii) la persona que solicita el amparo constitucional se encuentra en un estado de subordinación o (iv) de indefensión frente a aquellos²⁴.

Al respecto, la Corte ha expresado que los conceptos de subordinación y de indefensión son relacionales²⁵ y constituyen la fuente de la responsabilidad del particular contra quien se dirige la acción de tutela²⁶. Por ende, en cada caso concreto es necesario verificar “*si la asimetría en la relación entre agentes privados se deriva de interacciones jurídicas, legales o contractuales (subordinación)*”²⁷, o si por el contrario, ésta es consecuencia de una situación fáctica en la que determinada persona se encuentra en ausencia total o insuficiencia de medios jurídicos de defensa para resistir o repeler la agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales frente a otro particular (indefensión)²⁸.

En cada uno de los asuntos objeto de revisión de la mentada sentencia, se advierte que las empresas privadas accionadas fungieron como empleadores de las tutelantes. En efecto, a partir de las manifestaciones de las partes y de los documentos aportados a cada uno de los expedientes, no cabe duda de la existencia de un contrato de trabajo entre quienes fungen como accionantes y accionados en todos los procesos acumulados, de ahí que se encuentre acreditada la relación de subordinación que originó el debate constitucional objeto de estudio y, en consecuencia, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 42 del Decreto 2591 de 1991, procede la acción de tutela contra las empresas privadas demandadas en el presente caso. Por consiguiente, se encuentra demostrada la **legitimación por pasiva** de los particulares demandados.

INMEDIATEZ

19 Sentencia T-340 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

20 Sentencias T-401 de 2017 y T-373 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

21 Sentencia T-909 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

22 Numerales 1, 2 y 3 del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991. Al respecto ver las Sentencias T-632 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto); T-655 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-419 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) entre otras.

23 La Corte ha considerado que se trata de un interés que abarca un número plural de personas que se ven afectadas por la conducta nociva desplegada por un particular. Al respecto ver las Sentencias T-025 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía; T-028 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-357 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

24 Sentencia T-909 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

25 Sentencias T-290 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-632 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

26 Sentencia T-909 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

27 Sentencia T-583 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

28 Sentencia T-122 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-030 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE
VALLEDUPAR – CESAR

El principio de inmediatez previsto en el referido artículo 86 Superior, es un límite temporal para la procedencia de la acción de tutela. De acuerdo con este mandato, la interposición del amparo debe hacerse dentro de un plazo razonable, oportuno y justo²⁹, toda vez que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales³⁰.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha establecido que para verificar el cumplimiento del requisito de inmediatez, el juez debe constatar si el tiempo transcurrido entre la supuesta violación o amenaza y la presentación de la acción de tutela es razonable³¹.

SUBSIDIARIEDAD

El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad³²: (i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo ni eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de gestación o de lactancia, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos³³.

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

Ahora bien, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, existe una diversidad de mecanismos de defensa para salvaguardar los derechos laborales, competencia asignada a las jurisdicciones ordinaria laboral o contencioso administrativo, según el caso. Como consecuencia de ello, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela, en principio, no resulta procedente para resolver controversias que surjan de la relación trabajador-empleador, como en el caso del reintegro laboral y/o el pago de prestaciones económicas³⁴.

Sin embargo, de manera excepcional, este Tribunal ha entendido que este mecanismo constitucional es procedente cuando se trata de personas que se encuentran en *“circunstancias de debilidad manifiesta por causa de su condición*

²⁹ Sentencia T-834 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia T-887 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

³⁰ Sentencia T-401 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-246 de 2015 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

³¹ Sentencia T-246 de 2015 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

³² Sentencia T-662 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³³ Sentencias T-163 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); T-328 de 2011 M.P. (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-456 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-136 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), entre otras.

³⁴ Véanse, entre otras: Sentencia T-694 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia T-400 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-238 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; Sentencia T-206 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-663 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE
VALLEDUPAR – CESAR

*económica, física o mental y que formulan pretensiones dirigidas a lograr la tutela del derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada*³⁵.

Así las cosas, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que aunque en principio la acción de tutela (dada su naturaleza subsidiaria), no es el mecanismo adecuado para solicitar el reintegro laboral y el pago de las acreencias derivadas de un contrato de trabajo, en los casos en que el accionante sea titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada por encontrarse en una situación de debilidad manifiesta, la acción de tutela pierde su carácter subsidiario y se convierte en el mecanismo de protección preferente³⁶.

En este orden de ideas, la procedencia del amparo constitucional se justifica en la necesidad de un mecanismo célere y expedito que permita dirimir esta clase de conflictos, en los cuales se vea inmerso un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de la madre gestante³⁷.

En el presente asunto, se tiene que se trata de una reclamación elevada por una madre gestante, por lo que bajo ese derrotero estaríamos ante uno de los supuestos que permitieran el estudio de la presente acción de tutela.

Como da cuenta la imagen de la historia clínica extendida por la Unidad de Perinatología y Terapia Fetal del Cribre Unifetal, donde da cuenta que en el examen físico en el Numeral 2 indica EMBARAZO DE 15 SEMANAS

HISTORIA CLÍNICA
UNIDAD DE PERINATOLOGÍA Y TERAPIA FETAL DEL CARIBE UNIFETAL

HISTORIA CLÍNICA No. 1088636827
FECHA: 04/03/2022
NOMBRE: MONICA ROJAS GUTIERREZ
EDAD: 30 AÑOS
FECHA DE NACIMIENTO: 12/10/1991
ESTADO CIVIL: SOLTERA
DIRECCIÓN RESIDENCIAL: CALLE 100 DE VALLEDUPAR
RELIGIÓN: CATÓLICA
TELÉFONO: 3116229602
ENTIDAD Y/O ASEGURADORA: NUEVA EPS
NOMBRE DE ACOMPAÑANTE: TELEFONO: PARENTEZCO: SIN ACOMPAÑANTE

MOTIVO DE CONSULTA: VALORACION POR PERINATOLOGIA (HIPERTENSION)

ENFERMEDAD ACTUAL:
ANTECEDENTES FAMILIARES: MADRE HIPERTENSA ABUALA LINEA MATERNA DIABETICA
PATOLÓGICOS: NEGIA
ALÉRGICOS: NEGIA
QUIRÚRGICOS: CESAREA HACE 9 AÑOS
HISTÓRICOS: NEGIA
TRANSFUSIONES: NEGIA
GRUPO SANGÜINEO: O

ANTECEDENTES GINECOOBSTÉTRICOS:
MISGÁSTIA: 3 AÑOS

REPORTE DE LABORATORIOS: 30-12-2021 CPN

REPORTE DE ECOGRAFIAS:
11-01-2022 OBST 7.9 SEMANAS
21-02-2022 ECO DE TRANSLUCENCIA NUCAL

EXAMEN FÍSICO: SIGNOS VITALES: TA: 117/85 mmHg FC: 89 PESO: 66 Kg TALLA: 150 Cm IMC: 29.3%

2. EMBARAZO 15 SEMANAS
3. HIPERTENSION ARTERIAL CRONICA
4. ARRITMIA CARDIACA

ANÁLISIS: PACIENTE DE 30 AÑOS CURSANDO EMBARAZO DE 15 SEMANAS, CON MANEJO DE ALFA METIL DOPA, CON ANTECEDENTE DE HIPERTENSION Y ARRITMIA CARDIACA SE SOLICITAN ESTUDIOS COMPLETARIOS.

En ese orden se tiene que frente a la pretensión de pago de salarios, es de traer a colación que la Corte Constitucional ha establecido que la protección a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres se concreta, en principio, mediante el reintegro o la renovación del contrato de trabajo (según el caso). No obstante, también ha señalado que la salvaguarda de la alternativa laboral de las mujeres gestantes y lactantes también se protege “desde la óptica de la garantía de los medios económicos necesarios para afrontar tanto el embarazo como la manutención del(a) recién nacido(a)”³⁸. (Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.)

En el sub lite si bien en la pretensión se solicita pago de salarios la actora no especifica cuales son los salarios dejados de cancelar, No se especifica que salarios están dejados de percibir se efectúa la manifestación generalizada y en ninguno de los documentos aportados se puede inferir y a la vez en la contestación la IPSI accionada afirma que en cuanto a la pretensión de salarios se han venido cancelando y que están realizando las gestiones de los recursos económicos para cubrir los salarios.

³⁵ Sentencia T-663 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁶ Sentencia T-350 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia T-400 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-846 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

³⁷ Véanse, entre otras: Sentencia T-694 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia T-350 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia T-148 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; Sentencia T-656 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

³⁸ Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE
VALLEDUPAR – CESAR

Aunado a lo anterior es de advertir que durante los periodos de incapacidad temporal el trabajador no recibe salario, sino un auxilio por incapacidad que, tratándose de riesgo común, se reconocerá por el Sistema a través de la EPS a la cual el trabajador se encuentre afiliado. El auxilio por incapacidad, se define como el reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que hacen las EPS a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo en que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual.

En ese orden se tiene que la accionante ha estado incapacitada por lo que la EPS y la empleadora deben cubrir el pago de las incapacidades, sin que sobre ello se hubiere afirmado que no se esté cumpliendo.

No obstante, se conminará a la IPSI a efectos de que cancele oportunamente los salarios a la accionante, pues ello hace parte de la garantía que debe brindarse a la mujer gestante para que afronte su embarazo.

En cuanto a la pretensión de reubicación laboral, la Constitución Política Colombiana en su **“ARTICULO 25 refiere: «El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.»**

A su vez Ley 776 de 2002, artículo 4° «el empleador está en la obligación, si el trabajador recupera su capacidad de trabajo, a ubicarlo en el cargo que desempeñaba, o a reubicarlo en cualquier otro para el cual esté capacitado, de la misma categoría

La reubicación por lo general se hace con base a la prescripción de un médico, ya sea de la ARL o de salud ocupacional de la misma empresa.

Se trata que de garantizar que la salud del trabajador no se vea afectada, y que este pueda laborar sin correr riesgos en razón a su condición de salud.

Según la Corte, la reubicación laboral es una de las garantías que se desprende de la estabilidad laboral reforzada, derecho que en todo caso, ha sido reconocido tanto a las personas que se encuentran en situación de discapacidad y han sido calificadas por los órganos médico laborales competentes, así como a quienes están en condiciones de debilidad manifiesta debido a las condiciones de salud. Así las cosas, la protección tiene como fin amparar a todas las personas que, debido a una enfermedad o accidente, **han visto menguadas sus capacidades laborales** y, por ese motivo, se encuentran en una situación de vulnerabilidad frente a los demás miembros de la sociedad.

En el sub lite se tiene que la accionante si bien tiene unas patologías desde el año 2021 tales como hipertensión y arritmias cardiacas entre otras, y que actualmente se ha visto expuesta a un diagnóstico de amenaza de aborto, no se ha afirmado que se ha menguado su capacidad laboral, la discusión centra en que de acuerdo con los conceptos de médicos generales y de PERINATOLOGIA, desde el 4 de marzo de 2022, le ordenó reubicación del puesto de trabajo y valoración por medicina laboral.

Recomendación que se reitera en fecha 7 de abril de 2022, en la cual se ordena cita con medicina laboral para reubicación del área de trabajo, para mitigar los riesgos de complicaciones materno fetales, recomendación que se da luego de estar hospitalizada en la Clínica de Alta Complejidad MEDICOS.

De acuerdo a lo anterior se considera por parte de este despacho que existe claridad acerca de que la accionante requiere la valoración por medicina laboral de manera URGENTE a fin de que se proceda a determinar la reubicación de su área de trabajo.

Por lo que en aras de la protección del derecho a la salud de la actora y de su maternidad., el despacho procederá a ordenar al empleador que en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir del recibo de la respectiva comunicación, remita a la actora a valoración por el área de medicina laboral de la empresa, a fin de que se determine la



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE
VALLEDUPAR – CESAR

necesidad de reubicación de la misma y de ser procedente la reubicación, se establezca las condiciones área de trabajo en la cual deba cumplir con sus obligaciones laborales, sin que impliquen un riesgo para su salud y la del nasciturus, ni la disminución en su salario o desmejora en sus condiciones de trabajo.

Por otra parte, se ordenará a la ARL, en ejercicio de las funciones que le asisten, proceda a realizar el constante y permanente seguimiento del caso, verificando las condiciones del puesto de trabajo y funciones desempeñadas, para garantizar de manera plena que no se trasgreda ninguna garantía fundamental. pues, aunque es cierto que la enfermedad no se ha determinado de origen laboral, es su obligación verificar que el trabajo desempeñado no esté afectando de manera grave las condiciones de salud que ya le fueron diagnosticadas; igualmente, en caso de encontrar situaciones de riesgo, debe comunicarlo de manera inmediata la empresa empleadora, para que tome las medidas a que haya lugar. En consecuencia, se emitirá orden en tal sentido.

En lo que concierne al derecho de petición, se encuentra acreditado que la actora elevó dos derechos de petición ante la IPSI accionada, los cuales cuentan con el sello de recibido, sin que se aporte prueba de que los mismos hubieren sido contestados, por lo que se hace necesario salir al amparo del derecho de petición y bajo ese derrotero se ordenará a la IPSI accionada que proceda en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir del recibo de la respectiva comunicación a responder de manera clara, competente, de fondo, congruente las peticiones elevadas por la accionante en fecha 7 y 31 de marzo de 2022. Así mismo que la respuesta sea puesta en conocimiento de la petente.

En lo que concierne a los cuestionamientos acerca de la vulneración del Debido Proceso al citarse a un proceso disciplinario encontrándose incapacitada, si bien se aporta como prueba que se comunicaron cargos relacionados con las ausencias del día 7 de abril de 2022, fecha en la cual la accionante aporta historia clínica que da cuenta que fue remitida en dicha fecha a la clínica de alta complejidad para hospitalización por preclamsia sobre agregada según anexo 10, y que además se le endilga cargo por la ausencia del día 4 de abril de 2022, fecha 4 de abril de 2022, fecha en la cual se encontraba incapacitada, y se le endilga cargo por ausencia del día 4 de marzo de 2022, fecha en la cual se encontraba de permiso, la accionada al contestar, pone de presente que el proceso disciplinario se encuentra suspendido, considerando el despacho que la actora cuenta con este proceso para aportar las pruebas al rendir los descargos pertinentes y no está llamada la acción de tutela a desplazar la acción disciplinaria para determinar si la accionante está inmersa o no en una acción disciplinable por lo que al interior del mismo tendrá la accionante la oportunidad de presentar las pruebas pertinentes, existiendo esta instancia ante la entidad empleadora, por lo que el despacho no accederá a resolver asuntos relacionados con los procesos disciplinarios cuya existencia se aduce, or o que para este objeto se considera improcedente la acción de tutela.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Valledupar-Cesar, administrando justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la Constitución Colombiana,

RESUELVE

PRIMERO. - TUTELAR los derechos Fundamentales a la salud, a la Vida, Salud, Trabajo, Petición, Debido Proceso, y Mínimo Vita invocados por MARIA MONICA ROJAS GUTIERREZ, identificada con C.C. 1.065.636.827, en contra de WINTUKWA IPSI conforme a las consideraciones de este proveído.

SEGUNDO. - ORDENAR a WINTUKWA IPSI, a través de su representante legal ANA PAOLA MINDIOLA ROMO, identificada con c.c. 39.461.045, o quien haga sus veces que en el término máximo de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a remitir a la actora MARIA MONICA ROJAS GUTIERREZ, identificada con C.C. 1.065.636.827 a valoración por el área de medicina laboral de la empresa, a fin de que se determine la necesidad de reubicación de la misma y de ser procedente la reubicación, se establezca las condiciones área de trabajo en la cual deba cumplir con sus obligaciones laborales, sin que impliquen un riesgo para su salud y la del nasciturus, ni la disminución en su salario o desmejora en sus condiciones de trabajo



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE
VALLEDUPAR – CESAR

TERCERO: ORDENAR a la ARL AXA COLPATRIA., a través de su representante legal o quien haga sus veces *para* que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a realizar el constante y permanente seguimiento del caso, verificando las condiciones del puesto de trabajo y funciones desempeñadas, por MARIA MONICA ROJAS GUTIERREZ, identificada con C.C. 1.065.636.827, para garantizar de manera plena que no se trasgreda ninguna garantía fundamental. pues, aunque es cierto que la enfermedad no se ha determinado de origen laboral, es su obligación verificar que el trabajo desempeñado no esté afectando de manera grave las condiciones de salud que ya le fueron diagnosticadas; igualmente, en caso de encontrar situaciones de riesgo, debe comunicarlo de manera inmediata la empresa empleadora, para que tome las medidas a que haya lugar. En consecuencia, se emitirá orden en tal sentido.

CUARTO: ORDENAR a WINTUKWA IPSI., a través de su representante legal ANA PAOLA MINDIOLA ROMO, identificada con c.c. 39.461.045, o quien haga sus veces que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a proferir respuesta, que resuelva de manera completa, de fondo, Clara y congruente la petición de fecha 7 y 31 de marzo de 2022, presentada por MARIA MONICA ROJAS GUTIERREZ, identificada con C.C. 1.065.636.827. Sin perjuicio de que la respuesta a sus pretensiones sea negativa.

La respuesta debe ser puesta en conocimiento del petente como parte integrante de la satisfacción del derecho de petición amparado.

QUINTO. - Notifíquese esta providencia a las partes por el medio más expedito.

SEXTO. - De no ser impugnada esta providencia, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

LILIANA PATRICIA DIAZ MADERA
Juez