

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001 41 05 002 2020 00400 00

ACCIONANTE: DIANA MILENA SUAREZ CRUZ

DEMANDADO: DELACFORM S.A.S. Y FAMISANAR E.P.S.

Bogotá, D.C., Veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020).

S E N T E N C I A

La suscrita juzgadora procede a resolver la acción de tutela promovida por DIANA MILENA SUAREZ CRUZ en contra de DELACFORM S.A.S. Y FAMISANAR E.P.S.

ANTECEDENTES

DIANA MILENA SUAREZ CRUZ, actuando en nombre propio, promovió acción de tutela en contra de DELACFORM S.A.S. y FAMISANAR E.P.S., para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, presuntamente vulnerado por las accionadas, al no realizar el pago por concepto de licencia de maternidad.

Dentro de los hechos de la acción de tutela sostuvo la accionante que actualmente tiene 42 años y es madre soltera; que estuvo laborando para la empresa DELACFORM S.A.S., a través de un contrato laboral a término indefinido que tuvo duración desde el dieciocho (18) de julio de dos mil dieciséis (2016) hasta el treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020) y se pactó como remuneración un salario mínimo legal mensual vigente.

Adujo que el contrato terminó de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador y con posterioridad a su despido, esto es, el veintinueve (29) de febrero de dos mil veinte (2020) se enteró que se encontraba en estado de gestación, con fecha probable de parto el seis (06) de octubre de dos mil diecinueve (2019), por lo que la empresa accionada realizó el pago a seguridad social durante el periodo de gestación.

Indicó la demandante que su hija nació el doce (12) de julio de dos mil veinte (2020) a través de cesárea y por ello se le expidió certificado para la correspondiente licencia de maternidad.

Así las cosas, mediante auto del seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020) se admitió la tutela en contra de DELACFORM S.A.S. y FAMISANAR E.P.S., y posteriormente, mediante auto del doce (12) de agosto, se vinculó al JUZGADO CINCUENTA Y SEIS CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE BOGOTÁ y mediante auto del trece (13) de agosto de dos mil veinte (2020) se ofició al juzgado antes mencionado y al JUZGADO QUINTO (5°) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

DELACFORM S.A.S. señaló que existió un contrato laboral a término indefinido con la accionante que tuvo duración desde el dieciocho (18) de julio de dos mil dieciséis (2016) hasta el treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020) y terminó sin justa causa, por lo que se procedió al pago de la respectiva indemnización.

Advirtió que no tuvo conocimiento del estado de embarazo durante la ejecución del contrato de trabajo ni a su terminación puesto que solo hasta el veinticinco (25) de febrero de dos mil veinte (2020), esto es, casi un mes después de la terminación del contrato, la señora SUAREZ CRUZ se enteró de su estado de embarazo por el resultado de una prueba que se practicó.

Indicó la accionada que tan pronto la demandante se enteró de su estado de embarazo se comunicó con la Compañía para poner en conocimiento su estado de embarazo durante los meses de marzo y abril, momento en el cual, por decisión voluntaria y unilateral, la demandada decidió cubrir el pago de aportes a seguridad social integral durante el periodo de gestación, sin que legal ni constitucionalmente estuvieran obligados.

De igual forma, puso de presente que mediante sentencia de tutela de veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Cincuenta y Seis Civil Municipal de Oralidad de Bogotá, se determinó la improcedencia de la acción constitucional al considerar que no se cumplían los requisitos jurisprudenciales que establece la Corte Constitucional para la procedencia de la acción de tutela para prodigar la protección de la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo o lactancia de la misma accionante.

FAMISANAR E.P.S.S., manifestó que la accionante se encuentra en estado activo en el régimen contributivo en calidad de cotizante. Agregó que no se evidencia licencia de maternidad radicada recientemente y por ello es necesario que la demandante se acerque a algún punto de FAMISANAR E.P.S. y radique la licencia de maternidad con el fin que el área encargada valide la documentación con el fin de determinar lo correspondiente al reconocimiento de esta licencia de maternidad.

Una vez radicada la licencia, FAMISANAR EPS procederá conforme lo dispone la Normatividad Legal Vigente.

JUZGADO CINCUENTA Y SEIS CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE BOGOTÁ., allegó escrito de tutela presentado por la accionante en virtud del cual solicitó la protección de estabilidad laboral reforzada y el reintegro por encontrarse en estado de gestación, además el pago de las acreencias laborales dejadas de percibir. Adicionalmente, aportó la sentencia de tutela en virtud de la cual negó lo peticionado.

JUZGADO QUINTO (5°) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, una vez notificado guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Dentro de la presente acción de tutela se deberá determinar si las accionadas, esto es DELACFORM S.A.S. Y FAMISANAR E.P.S., vulneraron el derecho fundamental al mínimo vital, de la demandante al no realizar el pago por concepto de licencia de maternidad.

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”.

Por ello, si el accionante se abstiene de poner de presente la ocurrencia del perjuicio irremediable según las reglas anotadas, la acción se tornará improcedente. Por ello, 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 que consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al Juez de tutela

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

verificar la existencia del elemento en cuestión, de lo contrario, el problema sólo podrá resolverse por la vía ordinaria.

Subsidiariedad de la acción de tutela para el cobro de la licencia de maternidad.

De conformidad con la Jurisprudencia de la Corte constitucional² si bien la tutela no es el mecanismo idóneo para el cobro de prestaciones económicas, en el caso de la licencia de maternidad, la falta de pago, en ocasiones, puede afectar los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su menor hijo “*circunstancias en las que la remisión a las acciones ordinarias para solucionar la controversia puede hacer nugatorio el goce efectivo de tales derechos fundamentales, por lo que se activa la competencia del juez constitucional para conocer de fondo la materia*”.

En sentencia T-368 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, adujo:

*“De esta forma, esta Corporación ha reconocido a la acción de tutela como el medio idóneo de defensa para reclamar el pago de una prestación económica como la licencia por maternidad, si se verifican o se tienen en cuenta dos aspectos relevantes: **primero**, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento y **segundo**, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo. Así mismo la Corte ha establecido que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna.”*

Pago de incapacidades por enfermedad general.

El Decreto Ley 019 de 2012 dispone:

“ARTÍCULO 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.”

En cuanto a la obligación que tiene el empleador de realizar el pago de las incapacidades dispuso la Corte Constitucional en sentencia T-140 de 2016³:

“No obstante, tratándose de incapacidades laborales la Corte ha entendido que estos pagos se constituyen en el medio de subsistencia de la persona que como consecuencia de una afectación en su estado de salud ha visto reducida la capacidad de procurarse por sus propios medios los recursos para su subsistencia y la de su familia. Sobre este particular, esta Corporación manifestó:

² Corte Constitucional. Sentencia T- 278 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-140 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

‘el pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia’”

De conformidad con lo anterior y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1438 de 2014, se puede concluir que la obligación del pago de incapacidad radica en cabeza del empleador quien tiene la posibilidad de recobrar a la EPS; esto sin desconocer la obligación del trabajador de informar al empleador sobre la expedición de la licencia o incapacidad.

Caso concreto

En el caso bajo estudio, pretende la parte actora que se ordene el pago de la licencia de maternidad.

Así las cosas, se evidencia que de conformidad con el dicho de la accionante y de la accionada, la señora DIANA MILENA SUAREZ CRUZ sostuvo una relación laboral con DELACFORM S.A.S., la cual estuvo vigente desde el dieciocho (18) de julio de dos mil dieciséis (2016) hasta el treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020), fecha última para la cual ni la demandante y mucho menos la demandada, tenían conocimiento del estado de gestación de la activa.

Adicionalmente, es claro que la accionada siguió realizando el pago de aportes a seguridad social de la señora SUAREZ durante su periodo de gestación, puesto que así se indicó incluso en la tutela proferida por el JUZGADO CINCUENTA Y SEIS CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE BOGOTÁ y se corrobora con el certificado de aportes que obra como prueba dentro de la acción de tutela que cursó en dicho Juzgado, además FAMISANAR en su contestación indicó que la accionante se encuentra activa en calidad de cotizante y no indicó que reportara mora alguna en el pago.

De otra parte, evidencia este Despacho que de conformidad con las documentales obrantes a folio 9 y 10 del expediente a la señora SUAREZ se le practicó cesárea el doce (12) de julio pasado; así mismo, allegó certificado para la expedición de la licencia de maternidad frente al cual hace especial énfasis el juzgado en que no existe prueba si quiera sumaria, como tampoco hecho alguno que de cuenta del trámite que haya adelantado la demandante ante la E.P.S. accionada para que se le expida la licencia de maternidad y el posterior pago de la misma.

De conformidad con lo anterior, no es posible concluir que la E.P.S. demandada ha vulnerado derecho alguno al negar el pago de la licencia por cuando la accionante no demostró la más mínima diligencia en aras de obtener el pago que hoy solicita, tan es así que no demostró haber realizado el trámite para la expedición de la licencia.

4 ARTÍCULO 28. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A SOLICITAR REEMBOLSO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.

No obstante lo anterior y si bien es cierto la demandante no demostró la más mínima diligencia, como tampoco se ha demostrado la negativa de la E.P.S. al pago, no puede desconocer el Juzgado que frente al pago de la licencia de maternidad, en la sentencia T-1223 de 20085 la Corte Constitucional sostuvo que se *“ha reconocido que la consagración de la licencia de maternidad en la legislación laboral es desarrollo de la obligación del Estado de asistir y proteger a la mujer durante el embarazo y después del parto (artículo 43 de la Constitución) y de garantizar los derechos fundamentales del recién nacido (artículos 44 y 50 de la Constitución). Sin embargo, atendiendo a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución y en las normas legales que reglamentan la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha establecido adicionalmente que el pago de la licencia de maternidad solo es procedente mediante la acción de tutela, cuando se haya cumplido con los requisitos legales para su exigibilidad y se esté vulnerando o amenazando el mínimo vital de la accionante y del recién nacido con el no pago de estas acreencias.”*

Por ello, en aras de garantizar los derechos fundamentales del recién nacido, se conminará a la accionante a que radique la documental necesaria ante FAMISANAR E.P.S. para la expedición y liquidación de la licencia de maternidad, esto es el certificado de recién nacido vivo y el registro civil de nacimiento de su hija.

De otra parte, se ordena a FAMISANAR E.P.S., por medio de su representante legal la señora HELENA PATRICIA AGUIRRE HERNANDEZ o quien haga sus veces, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la radicación de los documentos por parte de la demandante, liquide y pague la licencia de maternidad directamente a la señora DIANA MILENA SUAREZ CRUZ, teniendo en cuenta que actualmente no tiene vínculo laboral vigente con DELACFORM S.A.S.

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 los derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital de del recién nacido hijo de la demandante.

SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior, se **CONMINA** a la señora DIANA MILENA SUAREZ CRUZ a radicar la documental necesaria ante la FAMISANAR E.P.S. para la expedición y liquidación de la licencia de maternidad, esto es el certificado de recién nacido vivo y el registro civil de nacimiento de su hija.

TERCERO: ORDENAR a FAMISANAR E.P.S., por medio de su representante legal la señora HELENA PATRICIA AGUIRRE HERNANDEZ o quien haga sus veces, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la

5 Corte Constitucional. Sentencia T-1223 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Dirección Calle 12 C No 7-36 piso 8º - Email j02lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 2 82 01 63 -

WhatsApp: 314 361 9194 (Únicamente para solicitar citas presenciales)- Link portal web:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-de-pequenas-causas-laborales-de-bogota>

radicación de los documentos por parte de la demandante, liquide y pague la licencia de maternidad directamente a la señora DIANA MILENA SUAREZ CRUZ, teniendo en cuenta que actualmente no tiene vínculo laboral vigente con DELACFORM S.A.S.

CUARTO: NEGAR las pretensiones en contra de JUZGADO CINCUENTA Y SEIS CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE BOGOTÁ y JUZGADO QUINTO (5°) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, al no evidenciarse vulneración por parte de estos.

QUINTO: 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.**

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

**PAULA CAROLINA CUADROS CEPEDA
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 2Do MPAL PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES BOGOTA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

b1af1d51af2aba9cca105468a3fd6e7e50665ecf67f0fcc6fde9618e1b546154

Documento generado en 20/08/2020 11:44:34 a.m.