



JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE FACATATIVÁ

Acción de Tutela	2526920410032020-00211-00
Accionante	Juan Carlos Villaraga Sarmiento, apoderado judicial de Diana Carolina Sepulveda Palacio
Accionada	Seguridad Fox Ltda y EPS Famisanar SAS
Vinculadas	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES y Superintendencia Nacional de Salud.

Facatativá, Cundinamarca, trece (13) de marzo de dos mil veinte (2020)

Cuestión

Procede el Despacho a proferir el fallo que jurídicamente corresponda, dentro de la presente acción constitucional.

Parte accionante

La solicitud de tutela fue presentada por Juan Carlos Villaraga Sarmiento, apoderado judicial de Diana Carolina Sepúlveda Palacio, identificada con cédula de ciudadanía 1.070.977.470, con residencia y domicilio en este municipio.

En la demanda, afirmó bajo la gravedad del juramento no haber interpuesto otra acción de igual o similar estirpe en razón de los mismos hechos y derechos.

Parte accionada

La acción constitucional se instauró en contra de Seguridad Fox Ltda., con NIT 830.108.646-4, representada legalmente por María Beatriz López Moreno.

Y el Despacho al considerar que los resultados del procedimiento, podría afectar los intereses de la Entidad Promotora de Salud Famisanar SAS., la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES-, y la Superintendencia Nacional de Salud, dispuso su vinculación.

Solicitud de Tutela

Pretende el apoderado de la demandante que: "...se TUTELE los derechos fundamentales de mi poderdante AL MÍNIMO VITAL, A LA DIGNIDAD HUMANA, AL TRABAJO, A LA IGUALDAD, A LA PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN EN DEBILIDAD MANIFIESTA, A LA SEGURIDAD SOCIAL, A LA SALUD, A LA FAMILIA y haga efectiva la protección constitucional,

y los que su despacho considere como vulnerados por la sociedad SEGURIDAD FOX LTDA.".

En consecuencia, solicita se ordene a SEGURIDAD FOX LTDA: (i) el reintegro, sin solución de continuidad, a un cargo igual o similar al que venía desempeñando la accionante, garantizando que las condiciones laborales sean acordes con su condición especial de madre en periodo de lactancia, (ii) el pago de la totalidad de los valores por concepto de licencia de maternidad pagados por la EPS FAMISANAR y que fueron retenidos por dicho empleador (iii) el reconocimiento y pago de los valores adeudados por concepto de salarios y vacaciones que legalmente le correspondan, causados y no pagados desde el mes de agosto de 2019, hasta la fecha, y (iv) el pago de la indemnización por despido, que trata el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, consistente en 180 días de salario.

Lo anterior con fundamento en los siguientes hechos: (i) la accionante se vinculó como trabajadora al servicio de la sociedad SEGURIDAD FOX LTDA, a partir del 14 de diciembre de 2018, con un salario fijo de (\$1.100.000.00), el cual posteriormente fue disminuido al salario mínimo como consecuencia del estado de embarazo y de las recomendaciones médicas que se comunicaron a la accionada, (ii) la licencia de maternidad de la demandante inicio el 27 de septiembre de 2019 y culminó el 30 de enero de 2020, ello con ocasión al nacimiento de su hija el 25 de septiembre de 2019, (iii) la accionada concedió el disfrute de las vacaciones a la actora desde el 18 de septiembre de 2019, sin realizar el pago de las mismas, y adeudando salarios desde agosto de 2019, (iv) el pago de la licencia de maternidad no ha sido realizado por la accionada, pese a que FAMISANAR EPS realizó el desembolso por dicho concepto a Seguridad Fox LTDA, y, (v) la accionante asistió a las instalaciones de la accionada el 12 de febrero hogaño para reintegrarse a sus labores, no obstante, afirmó no haber sido *"recibida en las instalaciones de dicha empresa y mucho menos notificada de la terminación del contrato o decisión alguna por parte de la empresa accionada"*, situación a la que se aúna que al asistir a la IPS adscrita a FAMISANAR EPS., no fue atendida con ocasión a la mora en los aportes de salud por parte de Seguridad Fox LTDA.

Competencia

Es competente éste Juzgado de conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto Reglamentario 2591 de 1991 que fija el factor territorial, pues el hecho que motivó la demanda surte efectos dentro de esta jurisdicción.

Acorde con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017, norma que debe respetarse para el reparto, la solicitud fue debidamente radicada.

Actuación procesal

El 2 de marzo de 2020, este Juzgado asumió el conocimiento de la acción instaurada y dando aplicación a lo preceptuado en el artículo



19 del Decreto 2591 de 1991, solicitó los informes del caso a las accionadas.

Lo anterior con el fin que estas ejercieran su derecho a la defensa y suministraran la información necesaria para las results del procedimiento.

Contestación de la accionada

Esperanza Patiño Arias, en calidad de Directora de Facatativá de FAMISANAR EPS, solicitó la desvinculación de la entidad del trámite constitucional en razón a la falta de legitimación en la causa por pasiva; no obstante, refirió que realizaron el pago de la licencia de maternidad a la sociedad Seguridad Fox LTDA conforme al comprobante de egreso visible a folio 98 de la encuadernación; por tanto, solicito se ordene a Seguridad Fox LTDA., realice el desembolso completo del dinero por concepto de licencia de maternidad a la accionante, asimismo, refirió que la demandante se encuentra desvinculada desde noviembre del 2019, en razón, a la mora en el pago por un periodo de tres meses por parte del empleador, sin que a la fecha se hubiera reportado novedad de retiro.

A su turno, las representaciones de la Superintendencia Nacional de Salud y la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, requirieron la desvinculación de los entes que representan del contencioso constitucional en la medida que carecen de legitimación en la causa por pasiva.

Finalmente, Seguridad Fox LTDA., optó por la prerrogativa de guardar silencio, situación que será analizada conforme al artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 y los medios de prueba practicados.

Consideraciones del Despacho

El artículo 86 de nuestra Constitución Política consagra la acción de tutela, cuya razón de ser no es otra que la de conceder a toda persona un procedimiento preferente y sumario para reclamar ante los jueces de la república la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando considere que han sido violados o se encuentren amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos expresamente previstos en el ordenamiento; precepto constitucional desarrollado por el Decreto 2591 de 1991, el cual a su vez se encuentra reglamentado por el Decreto 306 de 1992.

Ubicados dentro del marco conceptual y jurídico, de cara a los planteamientos del apoderado judicial de la demandante, ha de resolverse si la acción constitucional de tutela, reviste la idoneidad para resolver la discusión existente entre las partes.

Así, sólo en el caso que la acción resulte procedente e idónea, se evaluará si el comportamiento de las demandadas, constituyó una

afrenta a las garantías que se consideran vulneradas y de esta manera llegar a la solución que de éste Despacho se reclama.

De esta forma, se procederá a verificar si la solicitud cumple los requisitos formales de procedibilidad, esto es, i. *Legitimación en la causa por activa y por pasiva*, ii. *Inmediatez*; y, iii. *Subsidiariedad*.

En el presente caso se cumple con el requisito de la legitimación en la causa por activa, si se tiene en cuenta que es la titular de los derechos reclamados quien mediante apoderado judicial, vía tutela pretende el amparo de los mismos. Al respecto la jurisprudencia nacional ha dicho: "...La legitimación en la causa, en términos generales, hace referencia a la relación sustancial que debe existir entre las partes en el proceso y el interés sustancial del litigio, de tal manera que aquella persona a quien se le exige la obligación es a quien habilita la ley para actuar procesalmente. (...) está legitimado en la causa por activa quien tiene la vocación para reclamar la titularidad de un derecho otorgado por la ley..."

Ahora, en lo que se refiere a la legitimación por pasiva, ésta también se encuentra acreditada, si se observa que la acción fue instaurada en contra de una entidad que está llamada a responder por la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales presuntamente quebrantados; así pues, recuérdese que el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, precisan que la tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares: **(i) encargados de la prestación de un servicio público;** (ii) cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; o **(iii) respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión**, de acuerdo con los casos que la ley establezca para el efecto, entre otros eventos. Así pues, se debe advertir que las accionadas responden a los criterios resaltados.

En cuanto al requisito de la inmediatez, se precisa que aunque el Decreto 2591 de 1991, no regula un plazo para la interposición de ésta solicitud, el máximo órgano de cierre constitucional, mediante sentencias T-198 de 2014 y 259 de 2019, dijo que: "La inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la acción de tutela que permite cumplir con el propósito de la protección inmediata y por tanto efectiva de los derechos fundamentales, cuando estos resulten afectados por la acción u omisión de autoridades públicas o de los particulares en los eventos establecidos en la ley. Igualmente ha sido consistente la jurisprudencia constitucional en advertir que no cualquier tardanza en la presentación de las acciones de tutela acarrea su improcedencia, sino sólo aquella que pueda juzgarse como injustificada o irrazonable, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, pues en algunos un año puede ser muy amplio y en otros eventos puede ser un plazo razonable"; "...Establece que la finalidad de la acción de tutela es garantizar una protección efectiva, actual y expedita frente a la transgresión o amenaza inminente de un derecho fundamental, motivo por el cual, entre la ocurrencia de los hechos que, presuntamente, generaron la vulneración, y la presentación de la demanda, debe haber transcurrido un lapso razonable. Con este requisito se busca garantizar la seguridad jurídica y evitar que la acción



de tutela instaurada sea empleada para subsanar la negligencia en que incurrieran los ciudadanos para la protección de sus derechos..."; en este sentido, resulta innegable que no ha transcurrido un tiempo significativo desde el momento en que ocurrió el presunto despido – febrero de 2020- y la promoción de la acción –marzo de 2020-.

Finalmente, conforme al artículo 86 ídem, el principio de subsidiariedad implica que la acción 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 o se verifique que el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver la controversia resulta inidóneo e ineficaz conforme a las circunstancias del caso.

Así pues, en el caso particular, se precisa que en lo que atañe a los derechos al trabajo, a la estabilidad laboral y/o protección de la población en debilidad manifiesta e igualdad, la acción será declarada improcedente, por cuanto el apoderado judicial actor no se ocupó de demostrar o acreditar, *al menos sumariamente*, que el móvil del presunto despido, *tras el paso del periodo de gestación y licencia de maternidad*, fue por motivo del embarazo o tiempo de lactancia, tal como lo ha precisado desde antaño y con suficiencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹ y lo sigue manteniendo la Corte Constitucional en Sentencias de Unificación 070 de 2013 y 075 de 2018.

Con todo, ha de tenerse en cuenta que el numeral 2 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, refiere explícitamente que la presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, solo opera cuando éste haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.

Al respecto, la Corte Constitucional mediante las sentencias referidas, ha dicho:

"...la presunción de que la terminación del contrato se debió al estado de gravidez únicamente es aplicable en el período de gestación y dentro de los cuatro meses posteriores al parto. No obstante, ello no quiere decir que el empleador pueda desvincular injustamente a una trabajadora al inicio del quinto mes posterior al parto, cuando ha culminado el término de su licencia de maternidad. Por el contrario, lo que ocurre es que desaparece la presunción de que el despido fue motivado en el embarazo..."²

"...en el segundo trimestre posterior al parto, y por efecto del uso de los períodos de descanso por lactancia, permanece vigente la protección a la trabajadora lactante, pero la distribución de la carga de la prueba para acreditar el móvil del despido se rige por la fórmula ecuménica del artículo 177 del CPC (...), hoy prevista por el artículo 167 del CGP... En esta medida, se aplica

¹ Sentencia 17193 de 2002, Corte Suprema de Justicia, MP Isaura Vargas Díaz

² SU 075-2018, Corte Constitucional, MP Gloria Stella Ortiz Delgado

la regla general según la cual incumbe al demandante probar aquello que alega..."³

Por tanto, pese al silencio de Seguridad Fox Ltda., y el contenido del artículo 20 del decreto 2591 de 1991, al no hallarse acreditado en términos del artículo 167 del Código General del Proceso que el presunto despido fue por causa atribuible al embarazo, licencia o lactancia, se declarará la improcedencia de la acción en lo atinente a las referidas garantías, pues actuar de otro modo desconocería el criterio de flexibilización del requisito de subsidiariedad.

De ésta forma, resulta claro que este problema, puede ser resuelto por la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral y de la seguridad social como lo dispone el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001.

De otra parte, en lo que atañe a los derechos fundamentales al mínimo vital y dignidad humana, debe traerse a colación lo que la Corte Constitucional ha señalado frente a la licencia de maternidad, así tenemos que: *"...ésta constituye una de las manifestaciones más importantes de la protección especial que por mandato de la propia Constitución Política y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se le debe prodigar. Implica un deber y una garantía específica de protección para la madre gestante y para el recién nacido. El reconocimiento de la licencia de maternidad, por parte del Legislador, permite un espacio para que la madre gestante afronte con tranquilidad la dificultad del parto o para que, de forma extensiva, la persona adoptante cuente con el tiempo y el dinero para iniciar el proceso de adaptación con el niño o adolescente que el Estado autorice entregar en adopción..."⁴.*

Asimismo, que se presume vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y del infante, cuando la madre informa que así es (*presentó la acción, afirmando afectación a su derecho y de la menor*), que la ausencia de dicho importe pone en peligro su subsistencia y la de su hijo (hecho 12), y que la accionada (Seguridad Fox Ltda) pese a ser vinculada no controvertió tal afectación (folios 28 a 30, 101 y 102; art. 20 Decreto 2591 de 1991).

Situaciones a las que se aúna el contenido del informe rendido por la directora de la EPS FAMISANAR, en el cual demostró que ante la empresa accionada procedió con el pago de la licencia de maternidad correspondiente y que ascendió a la suma de \$3.312.480 pesos. (folio 98).

De este modo es ineludible propender por el amparo de las garantías fundamentales antes mencionadas.

En este sentido se ordenará a la representación legal de la empresa accionada, proceda dentro de la cuarenta y ocho (48) horas siguientes

³ SU 075-2018, Corte Constitucional, MP Gloria Stella Ortiz Delgado

⁴ T-503-2016, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo



a la notificación de esta decisión, con el pago del importe de la licencia de maternidad que le fue girada por la EPS Famisanar a favor de la señora Diana Carolina Sepúlveda Palacio.

A su turno, respecto a los derechos a la seguridad social y salud, los mismos serán declarados improcedentes partiendo de la misma premisa utilizada para la declaratoria de improcedencia de los derechos a la estabilidad laboral reforzada e igualdad, pues además que no se acreditó el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, tanto la promotora de la acción como su hija no quedarán desprotegidas, pues es un hecho cierto que el Estado en virtud de lo estatuido en los artículos 43 y 44 de la Constitución Política Nacional, propenderá por su bienestar integral; situación que deberá ser requerida por las interesadas conforme la normativa aplicable⁵.

A lo anterior se agrega que la Corte Constitucional a este respecto ha dicho:

"... que el desarrollo armónico e integral consiste en el reconocimiento de una "caracterización jurídica específica" para el niño, basada en la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde a esa prevalencia "que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad"... Acorde con ello, el artículo 50 de la Constitución establece que "todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado". Esta obligación se ve reforzada por el principio del interés superior del menor, el cual es transversal a toda decisión que involucre el bienestar de un niño o una niña. Según la Corte esto implica "la obligación del Estado de garantizar el acceso de los recién nacidos a los servicios de salud en el más alto nivel posible"⁶

"...La Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas, por encontrarse en condición de debilidad, merecen mayor protección, de forma tal que se promueva su dignidad. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Adicionalmente, atendiendo al carácter de fundamental del derecho, la acción de tutela procede directamente para salvaguardarlo sin tener que demostrar su conexidad con otra garantía, incluso en los casos en los que los servicios requeridos no estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbra su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria. De todo lo anterior se

⁵ Sentencia SU-075-18 CC, MP Gloria Stella Ortiz Delgado

⁶ T 178-2019, MP Cristina Pardo Schlesinger

colige que los menores de edad gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte de todas las autoridades públicas, incluyendo al juez constitucional. Por ende, cuando la falta de suministro del servicio médico afecta los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de los niños y las niñas, se deberán modular o inaplicar las disposiciones que restrinjan el acceso a los servicios que requieren, teniendo en cuenta que tales normas de rango inferior impiden el goce efectivo de sus garantías Superiores. los menores de edad requieren de una atención en salud idónea, oportuna y prevalente, respecto de la cual toda entidad pública o privada tiene la obligación de garantizar su acceso efectivo a los servicios como lo ordena el artículo 50 Superior, en concordancia con los principios legales de protección integral e interés superior de los niños y niñas..."⁷

Así pues, es indiscutible que las entidades e instituciones prestadoras de salud no podrán obstaculizar la atención de la menor de edad durante su primer año de vida por temas de índole administrativo; sin embargo, no se emitirá orden alguna respecto de su atención médica en la medida que no se precisó ausencia de atención.

Finalmente, en lo relacionado al derecho a la familia se debe decir que el mismo no será objeto de estudio en la medida que no fue desarrollado el concepto de la violación en el escrito de tutela, situación a la que se suma que no se advierte la manera en la que el mismo se ve trasgredido por el actuar que se reprocha a la accionada.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Civil Municipal de Facatativá, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. AMPARAR los derechos fundamentales a la dignidad humana y al mínimo vital de que son titulares Diana Carolina Sepúlveda Palacios y su hija menor de edad.

Segundo. ORDENAR a la Representación Legal de Seguridad Fox Ltda., que dentro de la cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, pague el importe de la licencia de maternidad que le fue girada por la EPS Famisanar a favor de la señora Diana Carolina Sepúlveda Palacio

Tercero. DECLARAR improcedente la acción instaurada respecto de los derechos al trabajo, estabilidad laboral y/o protección de la población en debilidad manifiesta, igualdad, seguridad social y salud.

Cuarto. DESESTIMAR el estudio del derecho fundamental a la familia.

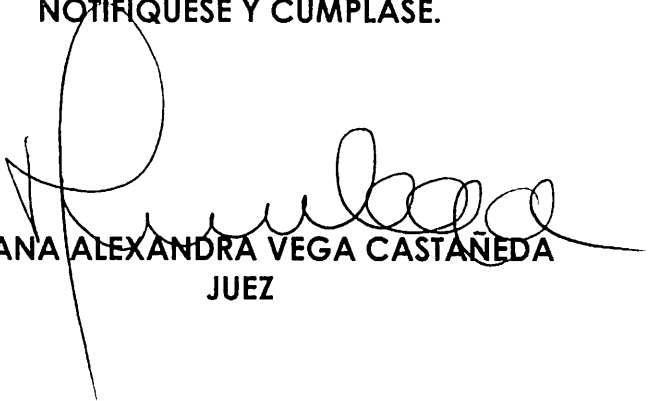
⁷ T-133-13, MP Jorge Iván Palacio Palacio



Quinto. INFORMAR a las partes que lo decidido en la presente providencia es susceptible del recurso de impugnación.

Sexto. DAR cumplimiento a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 31 del decreto 2591 de 1991, de no impugnarse este fallo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


JHOANA ALEXANDRA VEGA CASTAÑEDA
JUEZ