



JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL

Girardot, Cundinamarca, cuatro de Septiembre del dos mil veinte.-

REF: **Radicado:** 2530740030012020-00-0234-00
 Solicitud: ACCIÓN DE TUTELA
 Accionante: DIOSA YORLENY OVIEDO TOCORA
 Accionado: FAMISANAR EPS
 Sentencia: 113 (Mínimo Vital)

La señora **DIOSA YORLENY OVIEDO TOCORA**, identificada con cedula de ciudadanía N° 1.069.176.217, acude en ejercicio de la Acción de Tutela con el fin de solicitar a este Despacho la protección de sus Derechos Fundamentales, que considera vulnerados por la entidad FAMISANAR EPS, al no reconocerle y pagarle la licencia de maternidad.-

ANTECEDENTES

El accionante fundamenta la petición de tutela en los siguientes hechos:

-La accionante está afiliada a FAMISANAR EPS en calidad de trabajadora independiente.

-Que para el mes de abril quedo en estado de embarazo, llevando los controles con la EPS y realizando los pagos de APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL mes a mes.

-La accionante alude que para el día primero (01) de noviembre de 2019, debido a su estado de embarazo, el médico tratante le incapacito para reposo absoluto por veinte (20) días hasta el veinte (20) de noviembre de 2019, dicha incapacidad se radicó ante la EPS FAMISANAR S.A.S con la historia clínica para la liquidación, reconocimiento y pago, sin embargo la entidad le informo que debía verificar primero sus pagos.

-Que, para el mes de DICIEMBRE de 2019, nació la hija de la accionante, ASHLY SAMANTHA NIETO OVIEDO, por tanto el médico tratante, Doctor HERMES FRANCISCO DIAZ, procedió a otorgarle LICENCIA DE MATERNIDAD conforme a los lineamientos de ley, ello desde el catorce (14) de diciembre de 2019 hasta el diecisiete (17) de abril de 2020, la cual radicó con los respectivos soportes el día dos (02) de enero de 2020.

-Que ha solicitado a la EPS SALUD TOTAL, el pago de su licencia de maternidad, pero la accionada responde que NO RECONOCERÁN este derecho, porque dicho reconocimiento esté sujeto a los periodos mínimos de cotización y en consecuencia, la interesada (accionante) no cumple con la totalidad de la cotización respecto de su periodo de gestación.

-La accionante manifiesta que al momento de presentar la incapacidad y licencia de maternidad en el punto de radicación para la autorización de pago, la entidad le informa que debe verificar sus pagos porque tienen que



ser puntuales y al día de corte

-La accionante manifiesta que sus pagos a la seguridad social los ha realizado la mayoría de veces conforme a los plazos dados y que algunos los ha pagado por fuera del plazo máximo de pago, pero siempre liquidando y pagando el interés de mora y, que sin embargo, pese a ello JAMAS LA EPS POR ESCRITO le informó su negativa a aceptar el pago tardío de su aporte a la salud, así mismo tampoco rechazo el pago de los intereses de mora que le liquidó y canceló.

-La accionante también aduce que NUNCA SE LE HA SUSPENDIDO el servicio médico, por ende considera que la EPS ha aceptado entonces sus pagos morosos y sus intereses de mora, por tanto atribuye que la EPS FAMISANAR SAS hizo una aceptación tácita a sus pagos morosos.

-Por lo anterior, la accionante declara que el no pago de su incapacidad de (20 días) y de su licencia de maternidad de (126 días) de los cuales anexa los radicados, han generado una AFECTACIÓN GRAVISIMA A SU MÍNIMO VITAL, para sus hijos JOHAN NIETO OVIEDO y ASHLY SAMANTHA NIETO OVIEDO, toda vez que les ha tocado soportar una situación indescriptible debido a que es la responsable de su hogar y le corresponde el pago de Servicios Públicos, arriendo del lugar donde vive y alimentación para sí y para los miembros de su familia, pañales, leche para mi recién nacida, etc.

DERECHO FUNDAMENTAL SUPUESTAMENTE VIOLADO POR LA ACCIONADA

Alega la accionante que le han violado los siguientes derechos:

Derecho al Mínimo Vital.-

Derecho a la seguridad.-

Derecho a la igualdad.-

TRAMITE:

A este despacho correspondió la presente acción por Reparto del 21 de Agosto de 2.020, y por auto de la misma fecha se ordenó dar trámite de ley, oficiando a los entes accionados a efecto que se pronunciara sobre los hechos expuestos por el accionante.-

La entidad accionada **FAMISANAR EPS**, fue notificada a través de los correos electrónicos de la entidad vislumbradas en su página oficial, pronunciándose al respecto fuera del término, ello a través de CECILIA YOLANDA LUNA CONTRERAS, Gerente General de la Zona Centro, en memoriales obrantes a folio 13 a 18 y apporto documento obrante a folio 19.-



COMPETENCIA

Es competente este Despacho para conocer de la presente acción, en desarrollo de las facultades conferidas en el artículo 86 de la Constitución Política, y de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, inciso tercero del numeral del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, y se está emitiendo fallo dentro del término perentorio y preferencial de diez (10) días, previsto en el inciso 4° de la citada disposición constitucional y en el artículo 15 del Decreto en mención.

ASPECTOS FORMALES

La solicitud se acomoda a las exigencias de los artículos 13 y 14 del decreto 2591 de 1991.-

Establece en el artículo 86 de nuestra carta política: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quién actué a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por lo acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

“... Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

La tutela tiene dos de sus caracteres distintivos esenciales, los de la subsidiaridad y la inmediatez, el primero por cuanto tan solo resulta procedente instaurar la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; el segundo, puesto que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación inmediata urgente que se hace preciso suministrar en guarda de la efectividad, concreta y actual del derecho sujeto a la violación o amenaza.

De igual manera la Honorable Corte Constitucional, en reiterados fallos de tutela, ha dicho: “La acción de tutela ha sido instituida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la trasgresión o amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental (..)”



PROBLEMA JURÍDICO:

En el presente caso, se deberá establecer por parte del Despacho si la entidad accionada le ha vulnerado los derechos constitucionales fundamentales a la accionante al no pagarle la incapacidad por 20 días y la licencia de maternidad por 126 días otorgadas por el médico tratante.-

La Honorable Corte Constitucional en reiterados fallos de tutela ha dicho:

“3. Naturaleza y finalidad de la licencia por maternidad. Reiteración de jurisprudencia.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de licencia por maternidad ha propugnado por armonizar la Constitución con las disposiciones legales que regulan la materia. Respecto del origen constitucional de esta prestación laboral, el artículo 43 de la carta 1991 establece:

“La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. (Subrayado fuera de texto).

En la misma línea de protección, el artículo 44 de la Constitución consagra como prevalentes los derechos fundamentales de los niños, los cuales también son objeto de protección cuando se trata del pago de la licencia por maternidad. Tales derechos fundamentales son: “... *la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada...*”, de éstos derechos se deriva el complemento o sustento económico contenido en la licencia de maternidad que permite la satisfacción de las necesidades básicas arriba transcritas y contenidas en los artículos enunciados de la Constitución.

La fuente de orden legal proviene del ordenamiento jurídico laboral, expedido con anterioridad a la Constitución de 1991, el cual consagra la licencia como una protección a la maternidad y a los menores. Por ejemplo, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990^[1], dispone que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de 12 semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

La Corte Constitucional ha realizado la finalidad de la licencia por maternidad, en cuanto se orienta no solo a la recuperación física de la madre sino a la necesidad de que ella cuente durante dicho tiempo, con recursos económicos que le permitan satisfacer tanto sus necesidades básicas como las de su hijo recién nacido.

Por ejemplo, en la Sentencia T-543 de 2006 MP. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte reiteró que la licencia por maternidad tiene como propósito reconocer y pagar a favor de la madre, un descanso que le “[posibilite] recuperarse físicamente y cuidar de su hijo, para lo cual resulta indispensable, contar con los



medios económicos que le permitan velar por su subsistencia y la de su menor hijo, en la época próxima y posterior al parto, con las mismas condiciones que si se encontrara laborando."^[2]

De la misma manera, la Corte en Sentencia T-559 de 2005, MP. Rodrigo Escobar Gil, estimó que el descanso remunerado en la época del parto y con posterioridad al mismo tiene por objeto "...permitir a la madre recuperarse físicamente después de haber pasado por la experiencia de un alumbramiento, con el fin de que pueda atender sus necesidades propias y las del recién nacido, así como también brindarle al menor las condiciones que permitirán su desarrollo, no solamente físico sino también emocional y afectivo durante las primeras semanas de su vida".^[3]

Bajo esta misma línea en Sentencia T-664 de 2002, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte sostuvo que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital tanto de la madre como del menor y está ligada con el derecho a la vida en condiciones dignas. Al respecto la Corte concluyó:

"...el mínimo vital es aquella porción absolutamente indispensable para cubrir las necesidades básicas de alimentación, vestuario, educación y seguridad social. Para esto, se requiere de la existencia de recursos económicos que permitan una vida digna y justa".

"...La licencia de maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo tanto su no pago vulnera el derecho a la vida. La licencia de maternidad equivale al salario que devengaría la mujer en caso de no haber tenido que interrumpir su vida laboral, y corresponde a la materialización de la vacancia laboral y del pago de la prestación económica"^[4]. (Subrayado fuera de texto).

4. Allanamiento a la mora. Reiteración de jurisprudencia.

De las principales obligaciones del empleador o del trabajador independiente, está la de contribuir al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS- girando oportunamente el valor de los aportes y cotizaciones a la respectiva EPS. De lo anterior, depende el pago de la licencia por maternidad, que en principio, le corresponde cancelar a la respectiva EPS^[5], salvo que el empleador o el trabajador independiente hayan incurrido en mora en las cotizaciones al SGSSS y las mismas sean rechazadas por dicha circunstancia, situación que conlleva a que éste último deba asumir el pago de la licencia.

Sin embargo, esta Corporación en abundante jurisprudencia^[6] ha tenido en cuenta la figura del "Allanamiento a la mora", que se materializa cuando a pesar de que el pago fue tardío, la entidad no rechaza la cotización ni hace requerimiento alguno, y sólo al momento de la reclamación de la licencia de maternidad, aduce que las cotizaciones fueron extemporáneas o parciales.

La Corte considera que también hay allanamiento a la mora cuando se reciban los aportes o cotizaciones de manera incompleta y se continúen admitiendo, por parte de la entidad promotora de salud, los pagos de los meses siguientes sin hacer ninguna objeción.



La Corte ha establecido que en aquellos casos la EPS, debe dar cumplimiento a su obligación de pagar la licencia por maternidad a la afiliada y prestar todos los servicios médicos que requiera.

Por ejemplo en la Sentencia T-291/05 la Sala Tercera de Revisión, expresó lo siguiente:

"...aún cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, pero la EPS demandada no lo haya requerido para que lo hiciera ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la EPS demandada se allanó en la mora del empleador, y por tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad de la trabajadora..."

Bajo este mismo argumento la Sentencia T-543/06 MP. Clara Inés Vargas Hernández, influenciada por la T-636/04 concluyó:

"...Esta Corporación ha sostenido que si la EPS acepta la mora, es decir, no alega al momento del pago del aporte aquella situación, ésta última no puede posteriormente argumentar tal razón para negar el reconocimiento del auxilio por maternidad, ya que en estos casos se aplica la figura del "Allanamiento a la mora".

"Así pues, cuando tales cotizaciones y aportes se han realizado al sistema en forma ininterrumpida aunque por fuera del término establecido en las normas reglamentarias o de forma incompleta y la EPS no los rechaza ni hace el respectivo requerimiento, se configura el fenómeno del "Allanamiento a la mora". En tal situación, la entidad promotora de salud no puede negarse a reconocer y pagar la licencia de maternidad con el citado argumento, pues esta figura sanciona la negligencia o inactividad de la entidad para cobrar cuanto le ha sido adeudado (aportes, cotizaciones o intereses de mora por pagos extemporáneos".

En conclusión, cuando el empleador o el trabajador independiente, hayan cancelado de manera extemporánea las cotizaciones para salud, si la EPS acepta y recibe los pagos en tales condiciones, quiere decir que se allanó a la mora respectiva, por lo que no puede tal entidad posteriormente negar el reconocimiento de la licencia por maternidad, ya que se presentaría una contradicción entre el dinero pagado y el deber de proteger la contingencia que lo requiera; es decir por el simple hecho de la aceptación de la cancelación del dinero se configura el allanamiento a la mora.

De otra parte, establece el artículo 20 del Decreto 2591/91 establece:" Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa."

De otro lado, el artículo 22 del Decreto 2591/91 establece: Pruebas: El juez tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas"



Teniendo en cuenta las pruebas obrantes se tiene que la accionante DIOSA YORLENY OVIEDO TOCORA se encuentra afiliada al régimen de seguridad de social en salud, a través de FAMISANAR EPS, en calidad de cotizante como trabajadora independiente, y que le fue expedida por el médico tratante incapacidad de 20 días, desde el 01 al 20 de noviembre del 2019 y la licencia de maternidad por 126 días, desde el 14 de diciembre de 2019 al 17 de abril de 2020, conforme a las pruebas obrantes a folios 2 y 3.-

De igual forma, se tiene que la entidad FAMISANAR EPS a través del Oficio de fecha Agosto 21 y 1 de Septiembre de 2020, el cual fue enviado por correo electrónico, fue notificada del trámite de la tutela y así mismo se le solicitó información sobre lo petitionado por el accionante, para lo cual se le concedió un término de (2) dos días, pronunciándose al respecto fuera del término, sin embargo, en la contestación allegan información acerca del estado de las solicitudes de la accionante, atribuyendo la abstención del pago de la incapacidad y la licencia de maternidad por estar pendiente la certificación bancaria de la usuaria.

Respecto del caso en concreto, es de tener en cuenta que se está frente a sujetos de especial protección, por lo cual se ha de efectuar el pago de la incapacidad y la licencia de maternidad, ello pese a que se haya cotizado extemporáneamente, pues se entiende que las entidades promotoras de salud se allanan a la mora y se obligan con la materna cuando no emiten un requerimiento o no rechazan el pago a los aporte a la seguridad social por parte del usuario, por ende, se ordena el pago de la incapacidad y la licencia de maternidad en los términos indicados por el médico tratante, y se requiere a la parte accionante para que aporte la certificación bancaria a FAMISANAR EPS.-

Así mismo, en razón a lo anteriormente expuesto, se habrá de ordenar a FAMISANAR EPS, a través de su representante legal y/o quien haga sus veces, que conforme a lo manifestado en reiteradas oportunidades por la Corte Constitucional, proceda a realizar el pago de la incapacidad por 20 días, y la licencia de maternidad por 126 días expedidas por el médico tratante a la señora DIOSA YORLENY OVIEDO TOCORA, quien a su vez aportará la certificación bancaria solicitada por la accionada, lo cual hará dentro del improrrogable término de 48 horas contados a partir de la notificación de esta providencia, so pena de ser sancionada conforme al artículo 52 del Decreto 2591/91 en concordancia con el artículo 9 del Decreto 306 de Febrero 19 de 1992 .

Por lo anteriormente expuesto, el JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE GIRARDOT CUNDINAMARCA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.-



RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la accionada FAMISANAR EPS, le ha vulnerado a la señora DIOSA YORLENY OVIEDO TOCORA, el derecho al mínimo vital, conforme a lo expuesto en las consideraciones.-

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior determinación se ordena a la accionada FAMISANAR EPS, a través de su representante legal y/o quien haga sus veces, que conforme a lo manifestado en reiteradas oportunidades por la Corte Constitucional, proceda a realizar el pago de la incapacidad por 20 días, y la licencia de maternidad por 126 días expedidas por el médico tratante a la señora DIOSA YORLENY OVIEDO TOCORA, quien a su vez aportará la certificación bancaria solicitada por la accionada, lo cual hará dentro del improrrogable término de 48 horas contados a partir de la notificación de esta providencia, so pena de ser sancionada conforme al artículo 52 del Decreto 2591/91 en concordancia con el artículo 9 del Decreto 306 de Febrero 19 de 1992 .

TERCERO: Notifíquese este proveído conforme a lo establecido por el artículo 30 del Decreto 2591/91.

CUARTO: ADVERTIR a las partes que este fallo puede ser impugnado dentro de los (3) días siguientes a su notificación sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.

QUINTO: REMITIR el expediente digitalizado a la Honorable Corte Constitucional, dentro de los diez (10) días siguientes a su ejecutoria, si éste no fuere impugnado, ello para la eventual revisión del fallo conforme a los parámetros establecidos en el Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de Julio de 2020, conforme a las medidas de emergencia sanitaria tomadas en atención a la pandemia COVID 19.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

EL JUEZ

Firmado Por:

**MARIO HUMBERTO YANEZ AYALA
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 001 CIVIL MUNICIPAL DE GIRARDOT**

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:

59f499fd4eeb073650987f8e9c8cc8f834c63a71701c8611f085155cbac22760

Documento generado en 04/09/2020 02:58:11 p.m.