

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



JUZGADO TERCERO (3º) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D. C. Dos (2) de Agosto de Dos Mil Veintitrés (2023). -

**Acción de Tutela Segunda Instancia
2023-00373-01**

1. ASUNTO

Procede el Despacho a decidir la impugnación a que fue sometida la sentencia proferida el 9 de junio de 2023 por el **Juzgado 2º de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá**, dentro de la acción de tutela promovida por **Ximena Alexandra Benavides** en nombre propio y como agente oficioso de su hija menor **Simona Gabriela Olarte Benavidez** contra **Famisanar EPS**.

2. ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

El *a quo* concedió el amparo al derecho fundamental a la seguridad social y demás invocados y en consecuencia ordenó a “...FAMISANAR E.P.S. que en el término de 48 horas, posteriores a la notificación del presente proveído, proceda a autorizar y pagar la licencia de maternidad de la señora XIMENA ALEXANDRA BENAVIDES QUIROZ, identificada con cédula de ciudadanía número 1.026.282.935 de Bogotá D.C., con fecha de inicio el día 7 de febrero del año 2023 hasta el día 12 de junio del mismo año, a efecto de proteger los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la familia en conexidad con la dignidad humana, a la mujer como madre, a su hija menor de edad...” (Sic).

Ello, tras considerar que, de conformidad con lo expuesto, la *Corte Constitucional*, en los casos en que las E.P.S. no efectuaron las actuaciones que con ocasión a la mora debían realizar, resulta necesario concluir que éstas se allanaron y aceptaron el incumplimiento del afiliado y, en ese orden de ideas, no pueden entonces excusarse en la falta de pago oportuno para negarse a pagar el valor de las incapacidades médicas. Lo anterior, pues se ha considerado que, de aceptarse que las E.P.S. pueden favorecerse de su propia negligencia y beneficiarse de los pagos que los afiliados lleguen a realizar de manera extemporánea y que no fueron objetados por ese motivo, desconocería los principios de buena fe y confianza legítima y terminaría siendo desproporcionado para los afiliados, quienes fungen como la parte más débil del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en contraendose la EPS en la obligación de realizar el pago de la licencia o incapacidades medicas ante el pago extemporáneo del empleador o el trabajador independiente cuando no se ejercen en tiempo las acciones legales de cobro, de las que no existe certeza en el plenario.

Inconforme con la decisión proferida por el *Juez de primer grado*, la entidad promotora de salud accionada, solicitó que se revoque el fallo de primer grado para que se denieguen las pretensiones de la promotora, tras reiterar que la negativa al pago de la licencia de maternidad a la señora **Ximena Alexandra Benavides** obedece a que durante el período de gestación y para el mes de inicio de la prestación económica presentó pagos extemporáneos en salud, en desconocimiento a lo reglado en el Decreto 1990 de 2016 expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social, y dado que en el caso de marras no se comprobó un perjuicio irremediable ni afectación al mínimo vital.

De manera subsidiaria reclamó que se le faculte para solicitar recobro ante el ADRES.

3. CONSIDERACIONES

Descendiendo al *sub examine*, en punto del problema jurídico planteado, prontamente advierte el Despacho que la sentencia de primer grado por medio del cual se concedió pago de licencia de maternidad a la actora, será confirmada por las razones que a continuación se exponen.

Se encuentra acreditado en el *sub iudice* que la ciudadana **Ximena Alexandra Benavides** es sujeto de especial protección por parte del estado dado su estado de madre lactante y por situación de embarazo, en favor de quien se otorgó licencia de maternidad por parte de la **EPS Famisanar** desde el 7 de febrero de 2023 y por el lapso legal de 126 días, la que fue radicada para su reconocimiento y pago ante esa misma EPS el 21 de febrero de la misma anualidad.

Reconocimiento prestacional que fue denegado por parte de la EPS aquí conminada conforme se le comunicó a la promotora teniendo en cuenta que no efectuó oportunamente el pago dentro del periodo de gestación, según Decreto 1427 de 2022 Capítulo 2 Licencia de maternidad y de paternidad; fundamentos normativos reiterados en escrito de impugnación y a partir del cual reclama que se revoque el amparo concedido por el *a quo*.

En ese orden, amén del problema jurídico planteado y tal como lo consideró el *a quo*, se infiere en primer lugar que la procedencia del amparo constitucional en el *sub iudice*, pese a reclamarse acreencias laborales que pueden ser dilucidadas ante la jurisdicción ordinaria laboral en virtud del principio de subsidiariedad, obedece a que con dicha prestación se persigue proteger el mínimo vital tanto de la madre como del menor, tal como como reiteradamente lo ha precisado la H. Corte Constitucional al señalar que “...*Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en virtud de su carácter subsidiario, la acción de tutela resulta improcedente para resolver pretensiones relativas al reconocimiento de prestaciones económicas, también ha afirmado que, al tratarse de la licencia de maternidad, su pago efectivo puede ser ordenado a través del mecanismo de amparo constitucional, en atención al compromiso de proteger derechos fundamentales que su falta de reconocimiento puede representar. En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad, en ocasiones, puede afectar los derechos al mínimo vital y a la*

vida digna de la madre y de su hijo o hija, 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” (Subrayas fuera del texto).

Sumado a lo anterior y de un análisis del caso particular de la promotora, también es dable inferir que la decisión del Juzgador de primer grado en lo que hace a ordenar a la EPS accionada el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad reclamada, también se encuentra ajustada a derecho, pues la tutelada se limitó a justificar dicha negativa a la mora en que incurrió durante el tiempo de gestación en el pago de las cotizaciones en salud la querellante; sin embargo, no acreditó en ninguna oportunidad, que procedió a requerir al empleador con el cobro de lo debido, acorde con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, que a la letra reza que “...Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo evento en el que se encuentra entonces en la obligación de pagar la licencia de maternidad.”

Conforme precedente de la H. Corte Constitucional en casos similares cuando “...las entidades promotoras de salud que no hayan iniciado las acciones de cobro pertinentes a los empleadores morosos, no pueden negar el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, como lo son las incapacidades originadas de enfermedades comunes o la licencia de maternidad, bajo el argumento de que el afiliado –cotizante– se encuentra en mora en los aportes a salud, toda vez que esta (la EPS) contó con los mecanismos para efectuar el cobro coactivo.”¹.

Y en ese mismo sentido, el artículo 2.1.9.1. del Decreto 780 de 2016 dispone que: “...El no pago por dos períodos consecutivos de las cotizaciones a cargo del empleador, siempre y cuando la EPS no se hubiera allanado a la mora, producirá la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud contenidos en el plan de beneficios por parte de la EPS(...) Durante los periodos de suspensión por mora no habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones económicas por incapacidad, licencias de maternidad y paternidad por parte del Sistema o de la EPS y su pago estará a cargo del empleador, salvo que haya mediado un acuerdo de pago...” (Sic).

Razones por las que, se itera, como quiera que no demostró por parte de la EPS conminada, que realizó el cobro de las cotizaciones que endilga al empleador o a la misma promotora, no hay lugar a que se releve de la carga de reconocer la licencia de maternidad aquí reclamada, por lo que se confirmará la sentencia de primer grado.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹ Sentencia T-256 de 2019 Corte Constitucional

RESUELVE:

3.1. CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado de primer grado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

3.2. NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes y demás interesados por el medio más expedito.

3.3. Remítanse las diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, cursive letters that appear to read 'Liliana Corredor Martínez'.

LILIANA CORREDOR MARTÍNEZ

JUEZ

KPM