

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., Diez (10) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA RAD. 110014003044**20230255001**

Se decide la impugnación interpuesta por la accionada **EPS Sanitas**, contra el fallo proferido el 29 de marzo de 2023 por el **Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá**.

1. ANTECEDENTES

La señora **Mayra Alejandra González Paredes**, instauró acción de tutela en nombre propio y contra la Entidad Promotora de Salud **Sanitas**, para que mediante sentencia favorable, el Juez Constitucional, le ordenara a la accionada a pagar la licencia de maternidad dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo. Sustentó el reclamo, aduciendo que se encuentra afiliada a la empresa **Districomercio Triangel S.A.S.**, el cual ha realizado los aportes correspondientes; radicando el 11 de octubre de 2022 la solicitud de trámite para la licencia de maternidad, el cual la EPS entregó respuesta negativa, argumentando haber pago extemporáneo del mes de octubre.

En el trámite de primera instancia, el A quo concedió el amparo deprecado, luego de analizar la documental anexada en los informes rendidos por la entidad accionada y las vinculadas. En su estudio cercioró que se cumpliera con los principios de inmediatez y subsidiariedad, en el entendido que la acción de tutela no procede contra acreencias laborales, empero, excepcionalmente puede acudir a este mecanismo, con el fin de proteger el mínimo vital y la vida digna, que en el asunto que a continuación se revisará, consideró necesario con el fin de proteger el derecho de la accionante, acotando que en el caso se cumplió con los requisitos legales de exigencia precisados en la jurisprudencia; que la accionada no requirió al obligado como tampoco se opuso cuando realizó el pago tardío, por lo que se tuvo como allanada ante tal circunstancia, aunado a que no hubo mora por más de dos periodos seguidos por parte de la empleadora, concluyendo que en el asunto se cumplían los criterios jurisprudenciales para que dicha entidad asumiera el pago completo de la licencia de maternidad.

Inconforme con la decisión, **Sanitas EPS**, impugnó la sentencia de primer grado, solicitando que sea revocada; en su escrito iteró los argumentos presentados en la contestación, aduciendo que la accionante se encuentra afiliada a la entidad en calidad de cotizante dependiente, sin embargo, la empleadora realizó el aporte del mes de octubre de manera extemporánea, por lo que en consideración al Decreto 1427 de 2022, se negó el reconocimiento de la licencia de maternidad, no obstante, en segunda revisión la entidad autorizó el reconocimiento de la licencia por 98 días teniendo en cuenta los aportes realizados a la usuaria con relación a la fecha de nacimiento, por otro lado, endilgando la responsabilidad a la empleadora. Así mismo, predicó la improcedencia de la acción por existir otro mecanismo de defensa judicial, también expresó que la accionante no demostró la afectación a su mínimo vital y solicitó que en el evento de confirmarse la decisión, se autorizara de manera expresa a realizar el recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud Adres, por los costos en que incurra por el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad cuando no se cumplen los requisitos del Decreto 1427 de 2022, en virtud del fallo de tutela a la afiliada con ocasión de la orden impartida.

2. CONSIDERACIONES

A voces del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, radica en este Despacho la competencia para resolver la impugnación alegada, por ser el superior funcional de la autoridad que adoptó la decisión de primera instancia.

En este caso resolverá, si el fallo de primer grado acertó al conceder el amparo solicitado por la señora **Mayra Alejandra González Paredes**, a sabiendas que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para el reconocimiento de la licencia de maternidad, aunado a que el empleador realizó el pago de la cotización al sistema de seguridad social para el mes de octubre de 2022 de manera extemporánea.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o si existe, cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

Ahora bien, para resolver este asunto, se considera importante recordar que, la acción de tutela ha sido establecida como un instrumento *residual* y *subsidiario* de defensa de los derechos fundamentales, por lo cual, su ejercicio no es procedente cuando existen otras opciones igualmente adecuadas de protección de los mismos; por ello, la Carta Política señala expresamente, en el artículo 86, que esta acción: “...solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”, planteamiento que es reafirmado por el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, al indicar: “La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales”.

Por ello, al aceptar la intervención del Juez constitucional en la órbita propia de los funcionarios a quienes el legislador ha atribuido determinadas competencias, equivale no sólo a desnaturalizar el carácter subsidiario y residual del mecanismo de amparo, sino también a atentar contra los principios constitucionales de independencia y autonomía funcionales que informan el ejercicio de la administración de justicia¹.

De lo anterior, la H. Corte Constitucional ha establecido la excepción para su procedencia, en criterio a las circunstancias del caso, “la acción de tutela resulta ser el medio idóneo para reclamar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a partir de la comprobación de las siguientes circunstancias: (i) se interponga dentro del año siguiente al nacimiento²; y (ii) la presunción de afectación al mínimo vital de la madre y su hijo ante la ausencia del pago de dicha prestación.³”; así mismo, en relación con la presunción de afectación al mínimo vital de la madre y su hijo, ante la ausencia del pago de dicha prestación, la jurisprudencia Constitucional ha sostenido que “la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y está ligada al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presupone una vulneración del derecho a la vida⁴”. De igual manera, el alto tribunal ha señalado que, “si la EPS rechaza la solicitud de licencia de maternidad, esta entidad tiene la carga de la prueba y por tanto le corresponde controvertir que no existe vulneración del derecho al mínimo vital, y en caso de no lograr controvertirlo se presume la vulneración⁵”.

¹ Consejo de Estado Sección quinta 10 de agosto de 2012 - 25000-23-26-000-2012-00736-01

² Ídem.

³ Sentencia T-475 de 2009.

⁴ Sentencias T-368, T- 475 de 2009 y T-554 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio. Igualmente, la sentencia T-664 de 2002, expuso: “el mínimo vital [es] aquella porción absolutamente indispensable para cubrir las necesidades básicas de alimentación, vestuario, educación y seguridad social.

(...)

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”.

⁵ Cfr. Sentencia T-503 de 2016.

En el caso concreto del *sub examine*, delantadamente advierte el Despacho que la sentencia de primer grado sometida a consideración habrá de confirmarse. Revisadas las probanzas recaudadas oportunamente en el curso de la primera instancia, de los hechos y argumentos esgrimidos por la accionante y la accionada, esta última no demostró que en efecto no se vulneraba el mínimo vital de la accionante, como tampoco probó haber requerido a la empleadora de la señora **González Paredes**, por el periodo de octubre; pues en su criterio, decidió pagar en proporción la licencia de la solicitante, soportándose en la mora que se había presentado y sin tener en cuenta que la afiliada continuó haciendo los aportes de manera continua.

De lo acontecido, si bien el inciso 2° del su artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 del 29 de julio de 2022, es claro al anunciar que, *“habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando el pago de la totalidad de las cotizaciones correspondientes al periodo de gestación se haya realizado máximo en la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la licencia junto con sus intereses de mora, cuando haya lugar.”*; lo cierto es que **Sanitas EPS**, no acreditó haber requerido a la empleadora encargada de realizar el aporte, empero, lo que si ocurrió, con el actuar discreto de la entidad en oportunidad, fue la aparición de la figura del allanamiento a la mora, en el entendido que aceptó el pago extemporáneo.

Por otro lado, respecto de la solicitud presentada por **Sanitas EPS**, relativa a la autorización de recobro al ADRES conviene recordar que dicha prerrogativa es otorgada a las entidades promotoras de salud, por lo que resulta abiertamente impropio su reconocimiento a través de la acción constitucional de tutela, puesto que podría constituir una barrera para el usuario ante un trámite que es netamente administrativo y que debe ser adelantado por la EPS ante el ente territorial respectivo, para lo cual se trae a colación lo manifestado por la Corte Constitucional en tales eventos: *“de ninguna manera, la fuente de financiación de los servicios o tecnologías puede convertirse en un obstáculo para que el usuario acceda a ellos. Las EPS e IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación; una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente. Esta posibilidad opera, por tanto, en virtud de la reglamentación y está sometida a las condiciones establecidas en ella; no depende de decisiones de jueces de tutela. Al advertir esta situación, la Sala no desconoce la importancia del criterio de sostenibilidad financiera en el Sistema de Salud. Para que este funcione en condiciones óptimas, es necesario que el Estado garantice un flujo adecuado, suficiente y oportuno de los recursos a las entidades a cargo de suministrar los servicios y tecnologías que los usuarios requieren.”*⁶.

En consecuencia, el recobro al ADRES o a las entidades territoriales, no es una facultad que debe ser reconocida o negada judicialmente, conforme lo ha defendido la H. Corte en sentencia T - 760 de 2008, al sustentar que dicha prerrogativa debe ser reclamada por la EPS, a la entidad territorial que corresponda sin que ello signifique que el juez constitucional deba ordenarlo.

Así las cosas y sin más elucubraciones al respecto, esta Juez Constitucional habrá de confirmar la decisión de primer grado al comprobar que no le asiste razón a la accionada **Sanitas EPS**, como lo sustentó en el escrito de impugnación, toda vez que, en el Estado Social de Derecho, no sólo se está protegiendo el derecho de la usuaria afiliada, sino también, el derecho de la menor, el cual goza de vital prioridad y ostenta la calidad de sujeto de especial protección.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero (3º) Civil del Circuito de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

⁶ Sentencia T-122 de 2021; Mp. Diana Fajardo Rivera.

RESUELVE:

3.1. CONFIRMAR el fallo proferido el 29 de marzo de 2023 por el **Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá**, por las razones señaladas en esta providencia.

3.2. COMUNICAR lo resuelto, tanto al Juez *A quo* como a las partes, por el medio más expedito y eficaz.

3.3. REMITIR las presentes diligencias a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LILIANA CORREDOR MARTÍNEZ
JUEZ

Yapn