

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO No.: 110014003084-2023-01150-00
ACCIONANTE: ANGIE LORENA CORTÉS MONTAÑO
ACCIONADA: FAMISANAR E.P.S.

ACCIÓN DE TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

Se decide la impugnación propuesta por la accionada contra la sentencia proferida el 18 de julio de 2023 por el Juzgado Ochenta y cuatro (84) Civil Municipal de Bogotá D.C., Transformado transitoriamente en Juzgado Sesenta y seis (66) de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Bogotá, por medio de la cual se amparó el derecho fundamental del mínimo vital de la señora ANGIE LORENA CORTÉS MONTAÑO en su favor y el de su menor hijo.

I. ANTECEDENTES

3. *La señora ANGIE LORENA CORTÉS MONTAÑO, reclama la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, salud y seguridad social presuntamente quebrantados por FAMISANAR EPS, para que proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad generada desde el 16 de noviembre de 2022 hasta el 5 de abril de 2023.*

2. *Como hechos soporte de su queja constitucional relató, en concreto que se encuentra afiliada a Famisanar EPS desde agosto de 2017, que el médico tratante le otorgó licencia de maternidad por 126 días, desde el 16 de noviembre de 2022 hasta el 5 de abril de 2023.*

Aseguró que la EPS accionada le informó la imposibilidad de reconocer y pagar la licencia de maternidad, con fundamento en el Decreto 1670 de 2007, por no haber realizado los aportes a la seguridad social en las fechas establecidas.

Señaló que la EPS nunca les informó por escrito la negativa de aceptar los pagos porque fueran tardíos, ni rechazó el pago, tampoco ha suspendido el servicio médico, y por el contrario, ha aceptado sus pagos, siendo inaceptable que acepten sus pagos, le brinden

el servicio pero le nieguen el pago de la licencia, lo que le ha generado una afectación gravísima a su mínimo vital.

3. *La acción de tutela fue admitida mediante auto del 12 de julio de 2023, en el que se vinculó a PROACTIVIDAD Y RENDIMIENTO SAS, IPS COLSUBSIDIO y ADRES (archivo digital "004AUTOAdmiteTutela202301150.pdf"), y notificada a la entidad accionada y el vinculado a través de correo electrónico en la misma fecha.*

3.1. *La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, a través de apoderado judicial, solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela, por no cumplir con el principio de subsidiariedad e inmediatez y contener pretensiones económicas.*

Igualmente, solicitó se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva, negar la protección invocada ya que de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado, se advierte que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, debiéndose desvincular a esa Entidad del trámite de la presente acción constitucional.

3.2. *La EPS FAMISANAR S.A.S., a través del Director de Operaciones Comerciales, expresó que hay 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, y que como el empleador cuenta con fecha máxima de pago el 13° día hábil de cada mes.*

Aseguró que la accionante se contrajo a indicar que con el proceder desplegado por Famisanar EPS, se vieron vulneradas sus garantías fundamentales, sin aportar al plenario siquiera prueba sumaria que permitiera establecer la procedencia y urgencia de la intervención del juez, ni la afección a su mínimo vital y, principalmente, el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Señaló que como trabajadora dependiente de las sociedades PROACTIVIDAD Y RENDIMIENTO S.A.S., son estas entidades las encargadas de asumir las obligaciones de las incapacidades y licencias otorgadas a la accionante y que por lo tanto, la actuación de FAMISANAR EPS, es legítima, por lo que solicitó declarar la improcedencia de la acción.

3.2. *La IPS COLSUBSIDIO a través de apoderada judicial advirtió que como se le brindó la atención requerida a la paciente y a sus hijos, se presenta la inexistencia de*

afectación a los derechos de la accionante y ausencia de negaciones de servicios por parte de esa vinculada, por lo que por sustracción de materia, al no ser la IPS la delegada para reconocer y pagar la prestación de licencia de maternidad a la actora, solicitó declarar la improcedencia de la acción por falta de legitimación en la causa.

II. LA DECISIÓN IMPUGNADA

El Juzgado de primera instancia, concedió la acción constitucional al considerar que se cumplen los requisitos exigidos en el decreto 1427 de 2022, respecto de encontrarse afiliada al sistema de seguridad social, haber realizado los aportes durante el periodo de gestación y contaba con el certificado de licencia de maternidad expedido por el médico tratante.

Además, fundamentó el fallo en que aun cuando se adujo la extemporaneidad en la falta de cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, ello no es excusa para negar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad ya que aunque la accionada alegó la tardanza en el pago de aportes sin especificar los meses, lo cierto es que la accionante cotizó los 9 meses de gestación, por lo tanto, contrario a lo reseñado por la pasiva, la accionante sí tiene derecho a la licencia reclamada.

Así mismo, señaló que la entidad accionada contaba con todas las acciones procedimentales para realizar el cobro de los aportes y aún así prefirió guardar silencio, allanándose a la mora en el pago de los pagos a la seguridad social, en los términos advertidos por la Corte Constitucional, convalidando el retardo en el pago por parte de la accionante.

III. LA IMPUGNACIÓN

La formuló la accionada indicando que la licencia de maternidad fue negada, porque durante el periodo de gestación de la accionante y para el mes de inicio de la prestación económica reclamada, se presentaron pagos extemporáneos a salud, que no demostró la afectación al mínimo vital, así como porque la conducta asumida por FAMISANAR EPS es legítima, y en general en los mismos argumentos de la contestación de la tutela.

Solicitó revocar el fallo impugnado y modificar la decisión del Juzgado de Primera instancia y en su lugar denegar por improcedente la presente acción, por inexistencia de violación o puesta en peligro de los Derechos Fundamentales de la accionante, por parte de FAMISANAR EPS, por no demostrarse la falta de capacidad económica, y por no probar la existencia de un perjuicio irremediable.

IV. CONSIDERACIONES

Este Juzgado de segunda instancia ostenta competencia para conocer y decidir la presente impugnación de conformidad con las previsiones, no sólo del Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del ejercicio de la acción de tutela, sino del artículo 2.2.3.1.2.1, del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, modificado por el Artículo 1° del Decreto 333 de 2021, el cual fijó reglas para el reparto de las acciones de tutela.

Conforme los argumentos expuestos por al impugnante en su escrito debe determinarse si la entidad accionada, desconoció los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y seguridad social de la señora ANGIE LORENA CORTÉS MONTAÑO, al negarse a realizar el pago de la licencia de maternidad por ella reclamada desde el 16 de noviembre de 2022 hasta el 5 de abril de 2023.

En lo referente con la procedencia de la acción de tutela para el reclamo de licencias de maternidad la Corte constitucional en sentencia T-526 de 2019 expuso:

“Por último, el principio de subsidiariedad se entiende superado cuando la persona afectada no dispone de otro mecanismo de defensa judicial “porque ya agotó los que tenía o porque los mismos no existen o cuando, a pesar de disponer de otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela es instaurada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando el medio judicial ordinario no resulta idóneo para la protección de los derechos invocados por el accionante”. Así mismo, se deben tener en cuenta las circunstancias especiales del caso en particular y la situación en la que se encuentre el solicitante, pues no se pretende reemplazar los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico para resolver la controversia.

Esta Corporación ha indicado, en distintas oportunidades, que el no pago o el retraso en el pago de la licencia de maternidad, puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de la madre y de su menor hijo, razón por la cual, acudir a los mecanismos ordinarios para el reconocimiento de dicha prestación podría no permitir el goce efectivo de estos derechos, es por esto que el juez constitucional se encuentra facultado para conocer del asunto. (Negrilla fuera de texto)

A su vez, en sentencia T-278 de 2018 sostuvo lo siguiente:

“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 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".(Negrilla fuera de texto)

Por lo tanto, la acción de tutela termina siendo el medio idóneo para el reconocimiento de la licencia de maternidad cuando se verifican dos aspectos:

"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". En cuanto a este último aspecto, señaló 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".

Por otra parte, también se debe tenerse en cuenta que ha sido criterio reiterado de la Corte Constitucional, que cuando las E.P.S. no realizan gestión alguna tendiente a obtener el pago de los aportes no cancelados por sus afiliados, no puede aducir la mora para negar el reconocimiento de las prestaciones correspondientes, ello con fundamento en la teoría del allanamiento a la mora,

Al respecto en la Sentencia T-025 de 2017, del M.P indicó esa Corporación,

"En relación con el segundo de los requisitos, es decir, haber cancelado oportunamente por lo menos cuatro (4) de los últimos seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho y no incurrir en mora en el pago de aportes durante el tiempo que esté disfrutando de la licencia, la jurisprudencia de la Corte ha establecido en múltiples casos que "cuando los empleadores o trabajadores independientes pagan de manera extemporánea los aportes al sistema de seguridad social, las empresas prestadoras del servicio de salud, EPS, no pueden negarse a cancelar el pago de la incapacidad por enfermedad general, a no ser que hayan actuado para solicitar el pago oportuno de las cotizaciones o hayan rechazado los pagos efectuados por fuera del término establecido".

Cabe precisar que, a partir de la sentencia T-413 de 2004 la Corte extendió la figura del allanamiento a la mora en el pago de las licencias de maternidad, a los casos de reconocimiento y pago de incapacidades laborales. La sentencia mencionada, estableció que el allanamiento a la mora cuyo origen se remontaba al caso de licencias de maternidad, tenía total vigencia y aplicabilidad en los casos de las incapacidades laborales por presentarse supuestos similares en los cuales las entidades se negaban a reconocer las prestaciones que les correspondían, con el argumento de la extemporaneidad en los pagos de los aportes, sin que hubieran actuado para remediar esta situación.

Con fundamento en lo anterior, la Corte en numerosos casos como el que se estudia en esta ocasión, ha señalado que,

"(...) con fundamento en la figura del allanamiento a la mora, no podrá negarse el reconocimiento de una incapacidad laboral por enfermedad general en tanto se parte de la base que las entidades responsables de autorizarlas y cancelarlas, en este caso, las EPS, han aceptado los aportes en salud efectuados al sistema de forma tardía, sin que hayan rechazado su pago o emprendido acciones legales serias orientadas a su cobro judicial. No es posible, que las mismas aleguen la extemporaneidad del pago de los aportes tan solo cuando le son solicitadas prestaciones y no cuando reciben el dinero en cuestión"

En el presente asunto si bien existen otros medios idóneos para el reconocimiento y pago de las incapacidades o licencias de maternidad, como es acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral o el trámite adelantado ante la Superintendencia Nacional de Salud, lo cierto es que la Corte Constitucional en aras a brindarle protección a las madres gestantes y sus hijos a cargo, señaló los casos en que procede su reconocimiento vía constitucional, en atención a que el pago de las incapacidades derivadas de las licencias de maternidad no solo son una simple prestación económica, sino la forma en que la madre trabajadora logra suplir sus ingresos durante el tiempo que requieren estar al cuidado de los menores.

Así las cosas, revisada la respuesta emitida por FAMISANAR E.P.S. S.A., en relación con la solicitud del pago la licencia maternidad formulada por la accionante, se observa que la negativa se fundamentó en que la señora ANGIE LORENA CORTÉS MONTAÑO, no había pagado oportunamente los aportes correspondientes.

Sin embargo, no especificó los periodos exactos en los que no realizó los pagos oportunamente, y se limitó a señalar que el empleador contaba con fecha máxima de pago el 13° día hábil de cada mes, para que haya 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.

También se observa que la accionante aportó la licencia de maternidad iniciada el 15 de noviembre de 2022 y finalizada el 4 de abril de 2023, para un total de 141 días, e igualmente aportó los pagos de los aportes entre los meses de agosto de 2022 y mayo de 2023, los cuales según la anterior fecha límite de pago, sólo estuvo en mora en el pago del mes de abril de 2023 ya que se realizó el 15 de dicho mes.

Por otra parte, se observa que en la respuesta a la petición de pago de la licencia de maternidad de la sociedad PROACTIVIDAD Y RENDIMIENTO SAS, tampoco señaló los periodos en los que presentó mora en el pago de los aportes y se limitó a señalar la improcedencia del pago de la licencia por presentar mora en los pagos.

Por tanto, no puede negarse la entidad promotora de salud FAMISANAR E.P.S. S. A., ha pagar la licencia de maternidad, con fundamento en la mora en el pago, sin haber realizado gestión alguna tendiente a obtener el pago oportuno de los meses en que se atrasó la accionante, pues así lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia T-526 de 2019, en la que se indica que la mora en el pago no es una causal para negación de la licencia de maternidad, como quiera que se presenta el allanamiento a la mora por

parte de la E.P.S. FAMISANAR, toda vez que esta contó con los medios para efectuar el cobro coactivo.

En consecuencia, no puede la EPS alegar que existe extemporaneidad en el pago o que los partes han sido incompletos, tan solo cuando le solicitan prestaciones y no cuando reciben el pago de los aportes

Así las cosas, es claro que la, EPS FAMISANAR no podía aducir la mora en el pago de los aportes para negarle el pago de la licencia de maternidad a la señora ANGIE LORENA CORTÉS MONTAÑO, causadas desde el 15 de noviembre de 2022 hasta el 4 de abril de 2023, pues no se acreditó que hubiese realizado actuación alguna tendiente a obtener el pago de los aportes adeudados o pagados extemporáneamente.

Conforme lo expuesto, se concluye que el fallo de primera instancia será confirmado.

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR el fallo del 18 de julio de 2023 proferido en el JUZGADO Ochenta y Cuatro (84) Civil Municipal de Bogotá D.C., Transformado transitoriamente en Juzgado Sesenta y Seis (66) de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Bogotá, conforme las razones expuestas.

SEGUNDO. – NOTIFICAR éste proveído por el medio más expedito a los intervinientes, de tal manera que se asegure su conocimiento.

TERCERO. – REMITIR el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Firmado Electrónicamente
CONSTANZA ALICIA PIÑEROS VARGAS
JUEZ

Firmado Por:
Constanza Alicia Pineros Vargas
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 038
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **164aeae582da8b3218e300a706c40ab4856c110e4f19044957934a2632e76365**

Documento generado en 18/08/2023 04:43:29 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>