

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.

ACCIÓN DE TUTELA
RADICADO: 11001-41-05-008-2024-10100-00
ACCIONANTE: GESCO TAX FIRM S.A.S
ACCIONADA: E.P.S. COMPENSAR
VINCULADA: ADRES

SENTENCIA

En Bogotá D.C., a los veintitrés (23) días del mes de abril del año dos mil veinticuatro (2024), procede este Despacho Judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por **GESCO TAX FIRM S.A.S.**, representada legalmente por **LEONARDO JOSE SERRANO MERCADO**, quien pretende el amparo del derecho fundamental al mínimo vital, presuntamente vulnerado por la **E.P.S. COMPENSAR**.

RESEÑA FÁCTICA

Indica la empresa accionante que, su trabajadora Wendi Carolina Rodríguez Torres se encuentra afiliada a la **EPS COMPENSAR**, estando al día en el pago de aportes.

Que el 30 de noviembre de 2023 a través del aplicativo *Mi Planilla*, la empresa realizó el pago de la cotización correspondiente al mes de octubre de 2023 con los respectivos intereses de mora.

Que el 27 de noviembre de 2023 nació la hija de la trabajadora, motivo por el cual se le otorgó una licencia de maternidad equivalente a 126 días, desde el 27 de noviembre de 2023 hasta el 31 de marzo de 2024.

Que la EPS negó el pago de la licencia de maternidad, aduciendo que las cotizaciones se realizaron de manera extemporánea, violando el derecho al mínimo vital pues la trabajadora no cuenta con los recursos para alimentar y atender a la menor.

Por lo anterior, solicita que se ordene a la **E.P.S. COMPENSAR** el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR

La entidad, pese a no haber sido vinculada, allegó contestación el 16 de abril de 2024, en la que manifiesta que la empresa **GESCO TAX FIRM S.A.S.** refleja registro y liquidación de pagos para la trabajadora Wendi Carolina Rodríguez Torres como cotizante dependiente.

Que el operador *miplanilla.com* es ajeno a la pretensión de la acción de tutela, teniendo en cuenta que sólo es un medio de pago a través del cual los usuarios se registran, procesan, y realizan el pago de sus aportes al sistema de seguridad social.

Que la Caja de Compensación y el operador *Mi Planilla* carecen de responsabilidad frente a las pretensiones de la accionante, por estar circunscritas a servicios de salud.

E.P.S. COMPENSAR

La accionada allegó contestación los días 17 y 22 de abril de 2024, en la que manifiesta que la señora Wendi Carolina Rodríguez Torres se encuentra afiliada en calidad de trabajadora dependiente de la empresa **GESCO TAX FIRM S.A.S.**

Que registra la licencia de maternidad No. 20782517 con fecha de inicio 27 de noviembre de 2023.

Que el aporte de la afiliada correspondiente al mes de noviembre de 2023 se hizo de forma extemporánea el 30 de noviembre de 2023, cuando la fecha límite de pago era el 16 de noviembre de 2023, por lo que no es viable la autorización.

Que la negativa tiene sustento en el Decreto 1427 de 2022, por lo que la entidad ha dado cumplimiento a la normatividad vigente, respecto de las obligaciones que le asisten, dentro de su papel como asegurador dentro del Sistema General de Salud.

Que el Decreto 780 de 2016, impone la obligación a los cotizantes de estar al tanto de sus deberes, haciendo sus aportes oportunamente y reportando las novedades a las que haya lugar, en los términos señalados por la ley.

Por lo anterior, solicita su desvinculación, por no haber incurrido en acción u omisión que vulnere los derechos fundamentales de la parte actora. De manera subsidiaria, y en caso de concederse el amparo, pide se autorice el recobro de la licencia de maternidad a la **ADRES**.

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES

La vinculada allegó contestación el 18 de abril de 2024, en la que, frente al caso concreto, manifiesta que la acción de tutela es improcedente para dirimir conflictos económicos cuando no tienen trascendencia fundamental, ya que estos pueden discutirse en un proceso ordinario laboral.

Que, en atención a las particularidades del caso, el proceso ordinario laboral resulta idóneo y eficaz para obtener el pago de la prestación económica pretendida.

Que la parte actora no aportó prueba que indique que haya una afectación a su derecho al mínimo vital.

Que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las EPS tienen la obligación de reconocer incapacidades o licencias pese al pago extemporáneo del aporte por parte del empleador o del trabajador independiente, si no ejercieron en tiempo las acciones legales de cobro.

Que no está dentro de sus funciones realizar el pago de licencias de maternidad, por lo que la vulneración de los derechos fundamentales se produciría por una omisión que no le es atribuible, configurándose una falta de legitimación en la causa por pasiva.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Es procedente la acción de tutela para ordenar a la **E.P.S. COMPENSAR** *reembolsar* a la sociedad **GESCO TAX FIRM S.A.S.** la licencia de maternidad de la trabajadora Wendi Carolina Rodríguez Torres?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

De acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corte Constitucional¹, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter **subsidiario**, es decir, procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

La Alta Corporación ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que, su competencia es subsidiaria y residual; es decir, procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración². Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales³.

Así las cosas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, la acción de tutela resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: **(i)** los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; **(ii)** se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, **(iii)** el

¹ Sentencias T-228 de 2012 y T-177 de 2011. Ver también las Sentencias T-731, T-677, T-641 y T-426 de 2014; T-891, T-889, T-788 y T-736 de 2013; T-1074, T-1058, T-1047, T-932, T-928, T-778, T-703, T-699, T-452, T-358, SU-195 y T-001 de 2012; SU-339, T-531, T-649, T-655, T-693, T-710 y T-508 de 2011; T-354 de 2010; C-543 de 1992, entre otras.

² Sentencia T-753 de 2006.

³ Sentencia T-406 de 2005.

titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser *inminente*, esto es, que la amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser *urgentes*; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea *grave*, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea *impostergable*, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad⁴.

De igual forma, la Corte Constitucional ha aclarado que, pese a la informalidad del amparo constitucional, **el actor debe exteriorizar y sustentar los factores a partir de los cuales pretenda derivar el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela**. Así se pronunció la Corte, sobre el punto:

“En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable.

La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte⁵ que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”⁶.

En consonancia con lo anterior, es posible concluir que la procedencia de la acción de tutela depende de la observancia estricta del principio de subsidiariedad, *“como quiera que este se encuentra ordenado a garantizar importantes principios de la función jurisdiccional, y asegura el fin contemplado por el artículo 86 de la Carta, que no es otro que el de brindar a la persona garantías frente a sus derechos constitucionales*

⁴ Sentencias T-136, T-331 y T-660 de 2010; T-147, T-809 y T-860 de 2009; T-409 y T-629 de 2008; T-262 y T-889 de 2007; T-978 y T-1017 de 2006; T-954 y T-1146 de 2005; providencias en las que la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela por la no ocurrencia del perjuicio irremediable.

⁵ Sentencia T-290 de 2005.

⁶ Sentencia T-436 de 2007.

fundamentales. En este orden de ideas, en los casos en los que no sea evidente el cumplimiento de este principio, la tutela deberá ser declarada improcedente”⁷.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA OBTENER EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD

El artículo 86 de la Constitución Política determina que la acción de tutela procede para la protección de los derechos fundamentales de las personas, *“cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*, o cuando los particulares que presten un servicio público afecten directamente el interés colectivo, o el tutelante se encuentre en situación de subordinación o indefensión.

En desarrollo de este precepto constitucional, el Decreto 2591 de 1991 estableció una serie de requisitos que deben ser satisfechos para que la acción constitucional sea procedente y que el juez constitucional debe valorar en cada caso concreto. El artículo 6º determina que la acción de tutela no es procedente *“cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”*.

Lo anterior significa que la acción de tutela sólo procederá cuando: (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; (ii) de existir otros medios judiciales estos no sean eficaces o idóneos para la protección de los derechos fundamentales; (iii) se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Ahora bien, frente a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que, en principio, este mecanismo constitucional es improcedente, ya que se trata de un derecho de carácter prestacional. En este sentido, sería necesario que el tutelante acudiera a la jurisdicción ordinaria laboral para obtener el pago de la misma.

Sin embargo, la Corporación ha sostenido que la acción de tutela procede de manera excepcional para ordenar su pago, debido a que no se trata de un derecho de carácter exclusivamente legal, sino que, por el contrario, debe ser considerado como un derecho de carácter iusfundamental conforme a lo establecido en la Constitución Política y en los tratados internacionales, de orden prevalente, **en aquellos casos en que se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y su hijo o hija**⁸.

⁷ Sentencia T-649 de 2011.

⁸ Sentencias T-092 de 2006; T-216 de 2010; T-602 de 2010; T-368 de 2015.

En consecuencia, la jurisdicción constitucional es competente para garantizar la efectividad de los derechos de la mujer que ha dado a luz y del recién nacido, cuando el derecho al pago constituye un medio económico indispensable para su manutención⁹.

En la Sentencia T-285 de 2018, señaló que no existe, en principio, un medio de defensa judicial ordinario al que puedan acudir las madres para el reconocimiento de sus derechos que pueda considerarse idóneo. En estos casos, remitir a la acción ordinaria ante el juez laboral, la demanda de nulidad ante el contencioso administrativo, o el trámite administrativo ante la Superintendencia de Salud, torna ineficaz la protección que se solicita¹⁰, máxime, cuando ante la negación del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, se aplica la presunción de vulneración al mínimo vital de la madre y de su hijo.

Bajo ese entendido, 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 nacimiento¹¹; y (ii) la presunción de afectación al mínimo vital de la madre y su hijo ante la ausencia del pago¹².

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 de la Corte 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 vida¹³.

Así mismo, se ha establecido 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; en caso de no lograr controvertirlo, lo procedente es presumir dicha vulneración¹⁴.

⁹ Al respecto, en la sentencia T-790 de 2005, en la que la Corte conoció el caso de una profesora, cabeza de familia, a quien la EPS a la que se encontraba afiliada le negó el pago de la licencia de maternidad por tener durante el tiempo de la gestación, un lapso de un mes sin cotizar (correspondiente al tiempo que estuvo sin empleo), reiterando la sentencia T-210 de 1999.

¹⁰ Sentencia T-139 de 1999.

¹¹ Ídem.

¹² Sentencia T-475 de 2009.

¹³ Sentencias T-368, T- 475 de 2009 y T-554 de 2012. 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”.

¹⁴ Sentencia T-503 de 2016.

LA DEFENSA DE DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE AFECTADOS COMO PRESUPUESTO DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

De acuerdo con el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, el mecanismo de amparo constitucional tiene como propósito la defensa inmediata de derechos fundamentales, *“cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este decreto”*¹⁵.

Así pues, la acción de tutela resulta improcedente: (i) cuando no tenga como pretensión principal la defensa de garantías fundamentales; o (ii) cuando la acción u omisión que atenta contra las mismas no sea actual o existente, por ejemplo porque haya cesado o se haya consumado, y por tanto el amparo carezca de objeto¹⁶.

En lo concerniente al primer supuesto, en reiteradas ocasiones¹⁷ la Corte Constitucional ha entendido como regla general, que el único objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata y subsidiaria de los derechos fundamentales.

De esta manera, se ha entendido que **el mecanismo es improcedente para dirimir conflictos de naturaleza económica que no tengan trascendencia iusfundamental**, *“pues la finalidad del amparo constitucional es servir de instrumento de salvaguarda iusfundamental, más no como mecanismo encaminado a resolver controversias de estirpe contractual y económico”*¹⁸, por cuanto para esta clase de contiendas, existen en el ordenamiento jurídico las respectivas acciones y recursos judiciales previstos por fuera de la jurisdicción constitucional.

En línea con lo anterior, la Corte ha considerado lo siguiente:

“Constituye regla general en materia del amparo tutelar, que la jurisdicción constitucional debe pronunciarse sobre controversias de orden estrictamente constitucional; por lo tanto, resultan ajenas a la misma las discusiones que surjan respecto del derecho (...), cuando el mismo es de índole económica, en tanto que las discusiones de orden legal escapan a ese radio de acción de garantías superiores, pues las mismas presentan unos instrumentos procesales propios para su trámite y resolución.

*A lo anterior debe añadirse que uno de los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela lo constituye, precisamente, la amenaza o vulneración de derechos fundamentales de las personas, cuyos efectos pretenden contrarrestarse con las respectivas órdenes de inmediato cumplimiento proferidas por los jueces de tutela, en razón a la primacía de los mismos (...).”*¹⁹

¹⁵ Artículo 1º del Decreto 2591 de 1991.

¹⁶ Sentencia T-903 de 2014.

¹⁷ Sentencias T-470 de 1998; T-015 de 2005; T-155 de 2010; T-449 de 2011 y T-650 de 2011.

¹⁸ Sentencia T-499 de 2011.

¹⁹ Sentencia T-606 de 2000.

En consecuencia, los únicos casos en que excepcionalmente la acción de tutela pueda llegar a desatar pretensiones y conflictos de tipo económico o contractual, es porque consecuentemente concurre la defensa de una garantía fundamental, de manera que, para lograr su efectiva protección, el juez de tutela debe definir aquellas controversias.

CASO CONCRETO

La sociedad **GESCO TAX FIRM S.A.S.**, a través de su representante legal **LEONARDO JOSE SERRANO MERCADO**, interpone acción de tutela en contra de la **E.P.S. COMPENSAR**, por considerar que la omisión en reconocer y pagar la licencia de maternidad de la trabajadora Wendi Carolina Rodríguez Torres trasgrede su derecho al mínimo vital, pues no cuenta con los recursos para alimentar y atender a su hija.

Se encuentra probado con las documentales obrantes en el plenario, que la señora Wendi Carolina Rodríguez Torres se encuentra afiliada a la **E.P.S. COMPENSAR** en calidad de cotizante dependiente de la empresa **GESCO TAX FIRM S.A.S.**; y que el 28 de noviembre de 2023 le fue expedido un certificado de licencia de maternidad con fecha de inicio: 27 de noviembre de 2023 y fecha de finalización: 31 de marzo de 2024²⁰.

Establecido lo anterior, debe indicarse que, en atención a la naturaleza prestacional del derecho que se reclama, es necesario determinar si en el presente caso se cumple el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, o si, por el contrario, debe acudirse al mecanismo ordinario ante la jurisdicción ordinaria laboral.

Como se esbozó en el marco normativo de esta providencia, para la procedencia del mecanismo constitucional es imprescindible acreditar que no se cuenta con otros medios de defensa judicial, o que, teniéndolos, éstos no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

Particularmente, frente al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que, en principio, la acción de tutela es improcedente, ya que se trata de un derecho de carácter prestacional, por lo que el mecanismo principal de defensa radica en la jurisdicción ordinaria laboral; sin embargo, ha reconocido que, la acción de tutela procede de manera excepcional y prevalente, en aquellos casos en que se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y su hijo, cuando la prestación constituye un medio económico indispensable para su manutención²¹.

²⁰ Página 5 del archivo pdf 01AccionTutela

²¹ Sentencias T-092 de 2006; T-216 de 2010; T-602 de 2010; T-368 de 2015.

Atendiendo a las particularidades del caso concreto, evidencia el Juzgado que, la acción de tutela se impetró para obtener el amparo del derecho fundamental al mínimo vital de la trabajadora Wendi Carolina Rodríguez Torres; sin embargo, la empresa accionante **GESCO TAX FIRM S.A.S.** no manifestó estar actuando en representación de la trabajadora ni como su agente oficioso, ni puso de presente algún motivo por el cual ella no pudiera por sí misma acudir a la acción de tutela, luego, la sociedad no se encuentra legitimada para solicitar el amparo de un derecho del cual no es titular.

En todo caso, aunque hubiera sido la trabajadora quien solicitara la protección, importa resaltar que tampoco se encuentra acreditada una eventual vulneración y/o perjuicio, pues no se constata que haya sido desprovista de los ingresos necesarios para llevar una vida en condiciones dignas ante la negativa de la EPS en pagar la licencia de maternidad, por las razones que a continuación se exponen:

El artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 1333 de 2018 establece:

“Artículo 2.2.3.1.1. Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

El pago de estas prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a 5 días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los 15 días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.” (Subrayas y negrilla fuera del texto)

Valga aclarar que, cuando la norma hace referencia a que el pago de las prestaciones económicas se hará directamente al aportante, hace alusión a la persona natural o jurídica que realiza los aportes al Sistema de Salud, que, para el caso de los trabajadores dependientes, corresponde al **empleador**.

A su turno, el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012 establece:

“ARTÍCULO 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera

directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento. (...)". (Subrayas fuera del texto)

Tal como se desprende de la norma, el trámite para el reconocimiento de la licencia de maternidad debe ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante la EPS y en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

En efecto, como la incapacidad y la licencia de maternidad tienen por objeto suplir el salario del trabajador, resulta lógico que, en cumplimiento de dicha premisa, sea el empleador quien realice el pago, para que luego sea **reembolsado** por la respectiva EPS, conforme el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016. Es decir, con fundamento en el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, al empleador le asiste el deber de cubrir la prestación económica (incapacidades o licencias) con la misma periodicidad en que fue pactado el salario con el trabajador.

En el presente asunto, teniendo en cuenta que la licencia de maternidad otorgada a la trabajadora Wendi Carolina Rodríguez Torres estuvo vigente entre el 27 de noviembre de 2023 y el 31 de marzo de 2024, no es de recibo que en el escrito de tutela se manifieste que ella no cuenta con recursos para alimentar y atender a su hija al "*encontrar(se) incapacitada para trabajar*".

Lo anterior, habida cuenta que, por un lado, a la fecha de presentación de la acción de tutela (12 de abril de 2024), la licencia de maternidad ya había culminado, de lo que se infiere que la trabajadora ya se reincorporó a su puesto de trabajo, máxime cuando del certificado de afiliación aportado por la **E.P.S. COMPENSAR**²² se desprende que el contrato de trabajo con la empresa **GESCO TAX FIRM S.A.S.** sigue vigente. En ese orden, corresponde al empleador efectuar el pago del salario correspondiente, lo que denota que en la actualidad ella no está desprotegida económicamente para garantizarse su congrua subsistencia.

Y, por otro lado, porque durante el interregno en que la trabajadora estuvo en licencia, era obligación del empleador **GESCO TAX FIRM S.A.S.** pagar la prestación económica a través de la nómina, en la misma periodicidad en la que le pagaba el salario antes de entrar a disfrutar de la licencia; de manera que, admitir el argumento de la empresa accionante conllevaría a establecer que ésta incumplió con el deber que la Ley le impone.

²² Página 6 del archivo pdf 07ContestacionCompensarEPS

Tales circunstancias permiten considerar que, en el *sub examine*, la real intención de la sociedad accionante es obtener el **reembolso** de la licencia de maternidad de su trabajadora. Frente a ello, se debe resaltar que, aún cuando los artículos 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016 y 28 de la Ley 1438 de 2011, facultan al empleador para repetir contra la EPS el valor pagado por concepto de licencia de maternidad, para ese tipo de controversias está la jurisdicción ordinaria laboral, según el numeral 4° del artículo 2° del C.P.T., modificado por el artículo 2° de la Ley 712 de 2001 y el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, así:

“La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: 4. Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.” (Subrayas fuera del texto)

Dicho escenario judicial resulta idóneo para dirimir la discrepancia suscitada entre las partes, pues cuenta con mecanismos de recaudo de pruebas que permiten resolver los problemas en discusión y adoptar las medidas que sean necesarias para la protección y salvaguarda de los derechos e intereses afectados.

Por tal motivo, lo perseguido por la sociedad **GESCO TAX FIRM S.A.S.** debe ventilarse a través de ese mecanismo ordinario, pues la acción de tutela no está prevista para obviarlo, ni como instancia alterna o adicional.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la Sentencia T-032 de 2011, precisó lo siguiente:

“Así, a la luz del principio de subsidiariedad, la acción de tutela no puede ser ejercida como un medio de defensa judicial alternativo o supletorio de los mecanismos ordinarios previstos por el legislador para el amparo de los derechos. De hecho, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, a través de la acción de amparo no es admisible la pretensión orientada a revivir términos concluidos u oportunidades procesales vencidas por la negligencia o inactividad injustificada del actor. Igualmente, la jurisprudencia tampoco ha consentido el ejercicio de la acción de tutela como el último recurso de defensa judicial o como una instancia adicional para proteger los derechos presuntamente vulnerados”. (Subrayado fuera del texto).

Aunado a lo anterior, es de recordar que, la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela, en razón a su naturaleza subsidiaria y residual, tampoco es el mecanismo adecuado para debatir discusiones de carácter económico, como ciertamente lo es el **reembolso** de prestaciones económicas y los perjuicios derivados de su no pago, y menos en favor de una persona jurídica, por cuanto ello escapa del radio de acción de garantías superiores al no tener trascendencia constitucional.

En efecto, en el *sub examine*, la acción de tutela no busca la salvaguarda de derechos fundamentales individuales de una persona natural cuyo mínimo vital esté siendo vulnerado, sino para satisfacer intereses de contenido patrimonial de una persona jurídica que no es titular del derecho fundamental invocado, que no se encuentra en estado de indefensión, ni imposibilitada para accionar el mecanismo ordinario.

Corolario de lo expuesto, se declarará improcedente la acción de tutela por no satisfacer el requisito de **subsidiariedad**.

Finalmente, se desvinculará a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, por falta de legitimación en la causa.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela de **GESCO TAX FIRM S.A.S.** en contra de la **E.P.S. COMPENSAR** por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DESVINCULAR a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, por falta de legitimación en la causa.

TERCERO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día hábil siguiente de su notificación.

La impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

CUARTO: En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión. Una vez sea devuelta de la Corte Constitucional, tras haber sido excluida de revisión, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ