

INFORME SECRETARIAL: Bogotá D.C., catorce (14) de marzo de dos mil veinticuatro (2024). Al Despacho de la señora Juez el expediente **2024-10036**, informando que a la fecha se encuentra para resolver la impugnación presentada por la accionada Famisanar EPS contra la sentencia primigenia proferida por el Juzgado 2° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., y el presente expediente se recibió de la Oficina de Reparto hasta el 7 de marzo del año en curso. Sírvese proveer.

FABIO EMEL LOZANO BLANCO

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

Bogotá D.C., catorce (14) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

I. ANTECEDENTES

La señora Paula Fernanda Franco Aguilera, actuando por intermedio de apoderado, interpuso acción de tutela en contra de la EPS Famisanar S.A.S., por la presunta vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital.

Como sustento, informó que está afiliada a la EPS accionada como independiente, que está a paz y salvo y el 30 de diciembre de 2022 dio a luz a su hijo. Que el 18 de enero de 2024 radicó la licencia de maternidad ante la accionada, cuya incapacidad iniciaba el 30 de diciembre de 2022 y se prorrogó hasta el 4 de mayo de 2023. Que, al no recibir respuesta, el 19 de abril de 2023 se comunicó telefónicamente, y finalmente le fue negada por cuanto efectuó los pagos a seguridad social por fuera de las fechas establecidas.

Que por ello interpuso PQRS el 29 de mayo de 2023, la cual fue resuelta el 2 de junio de ese año, y al no estar satisfecha el día 14 del mismo mes y año elevó nueva petición, la cual fue resuelta el día 30 de junio, negando el pago de la licencia, y el 8 de noviembre le llega nueva comunicación en el mismo sentido.

En consecuencia, solicitó que se ampare su derecho fundamental al mínimo vital, y se ordene a la accionada reconocer y pagar la licencia de maternidad, del 31 de diciembre de 2022 al 5 de mayo de 2023.

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

La presente acción de tutela fue admitida por el Juzgado 2° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., mediante auto del 21 de noviembre de 2023, y se vinculó a la IPS Colsubsidio.

La **Caja Colombiana de Subsidio Familiar – Colsubsidio**, por intermedio de su apoderada contestó solicitando declarar improcedente la acción respecto de la IPS Colsubsidio, por cuanto no ha vulnerado o amenazado ningún derecho fundamental de la tutelante o su hijo.

Indicó que la promotora de la acción se hospitalizó en la IPS el 29 de diciembre de 2022 para atención de trabajo de parto, y el día siguiente le fue realizada cesárea, y el 31 se decide darle salida. Dentro del plan de egreso, le expidió incapacidad por el término de 126 días, por lo que carece de legitimación en la causa por pasiva para atender las pretensiones incoadas.

Por parte **Famisanar EPS S.A.S.**, contestó solicitando se declare la improcedencia de la acción de tutela ante la inexistencia de la vulneración de los derechos fundamentales, se persiguen pretensiones de índole económico y existen otros mecanismos de defensa.

Manifestó que la actora efectuó el pago de sus aportes al sistema general de seguridad social, de manera extemporánea y en consecuencia incumplió sus obligaciones como cotizante independiente, por lo que al incumplir los plazos para pago lo procedente es negar la prestación.

III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Juzgadora de primera instancia en sentencia del 4 de diciembre 2023 concedió el amparo pretendido, al considerar que la acción era procedente al cumplirse los requisitos de procedibilidad, e igualmente indicó que la EPS al negar la licencia, vulneró las garantías constitucionales del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto 1427 de 2022, por lo que al no haber requerido para que la tutelante pagara intereses moratorios por los períodos de marzo, junio, agosto, septiembre y noviembre de 2022 y aceptó el pago de manera extemporánea, por lo que no le asiste razón de negar el pago de la licencia pretendida.

IV. LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, la accionada la impugnó solicitando se revoque en su totalidad, toda vez que considera que el amparo pretendido es improcedente al no haberse demostrado el acaecimiento de un perjuicio irremediable, que se debe ordenar al empleador pronunciarse respecto de los hechos y pretensiones aducidos, y que se le ordene el pago de los aportes a seguridad de manera oportuna.

En síntesis, reiteró lo argumentado en su escrito de contestación, exponiendo que las cotizaciones se efectuaron de manera extemporánea, que no se

cumplió el requisito de subsidiariedad para la procedencia de la acción al recaer sobre pretensiones de índole económico, que no existe afectación alguna al mínimo vital o ésta no se demostró, que no se cumplió el requisito de inmediate y adicionalmente su proceder se ajustó al marco jurídico.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Como problema jurídico, se estudiará si la accionada vulneraron los derechos fundamentales invocados por la tutelante, y cuales las consecuencias jurídicas de ello.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con el artículo 86 Superior, el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 y el artículo 1 del Decreto 333 de 2021, este Despacho es competente para conocer la presente acción constitucional.

2. Del derecho fundamental al mínimo vital.

Frente a este derecho, debe decirse que consiste en una garantía del respeto por los recursos básicos para asegurar la subsistencia y la dignidad humana, lo cual permite concretar los principios y fines del Estado Social de Derecho. Así ha sido definido por la H. Corte Constitucional en la sentencia T-678 de 2017:

"El derecho al mínimo vital ha sido definido por esta Corte como "la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional".

Con fundamento en la norma arriba señalada, la Corte Constitucional en sentencia T- 716 de 2017, sostuvo que frente a la protección del derecho al mínimo vital este debe comprender las siguientes características:

"(i) es un derecho que tiene un carácter móvil y multidimensional que no depende exclusivamente del análisis cuantitativo de ingresos y egresos de la persona; (ii) como herramienta de movilidad social, el mínimo vital debe ser entendido de manera dual, ya que además de ser una garantía frente a la preservación de la vida digna, se convierte en una medida de la justa aspiración que tienen todos los ciudadanos de vivir en mejores condiciones y de manera más cómoda; y (iii) en materia pensional, el mínimo vital no sólo resulta vulnerado por la falta de pago o por el retraso injustificado en la cancelación de las mesadas

pensionales, sino también por el pago incompleto de la pensión, más cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional"

En este orden, el derecho al mínimo vital supone la coexistencia de dos dimensiones, una positiva y otra negativa, con las cuales el Estado debe de garantizar las condiciones para que las personas provean su subsistencia, sin entrar a asumir propiamente la obligación de proveer los recursos, máxime cuando no se demuestran serias particularidades que lo ameriten. Así se expuso en la misma providencia antes citada:

"Según la Corte Constitucional, el derecho al mínimo vital tiene dos dimensiones: (i) la positiva, presupone que el Estado y en algunas ocasiones los particulares, cuando se reúnen las condiciones establecidas, "están obligados a suministrar a la persona que se encuentra en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano"; (ii) la negativa, es un límite que no puede ser traspasado por el Estado, en materia de disposición de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna. En palabras de la Corte, "el Estado debe asegurar, en primer lugar, las condiciones para que las personas, de manera autónoma, puedan satisfacer sus requerimientos vitales y ello implica que, mientras no existan razones imperiosas, no puede el Estado restringir ese espacio de autonomía de manera que se comprometa esa posibilidad de las personas de asegurar por sí mismas sus medios de subsistencia".

3. De la procedencia de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad y paternidad.

En primer término, debe ponerse de presente que, en principio, la acción de tutela no resultaría procedente para la consecución del reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, en la medida que la jurisdicción ordinaria laboral es competente para dirimir dicha controversia por ser de contenido netamente económico.

Sin embargo, al evidenciarse una serie de condiciones particulares de la parte que la invoca, aunado al hecho que la licencia tiene por objetivo salvaguardar no solo los derechos del afiliado sino del menos, puede proceder su estudio ante el juez constitucional.

Así fue considerado por la H. Corte Constitucional, en sentencia T-114 de 2019 al memorar el precedente sentado en la materia:

"Resulta pertinente destacar que el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó a cargo de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, la competencia para

resolver "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 los contratos".

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que los mecanismos que brinda la jurisdicción ordinaria laboral pueden resultar ineficaces para proteger los derechos de los niños y niñas, los cuales se ven afectados por la denegación del acceso al derecho a la licencia de paternidad. En consecuencia, la Corte ha aceptado que en situaciones fácticas como la presente, la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales alegados.

En este sentido, la Sentencia T-865 de 2008, que se pronunció sobre una disputa alrededor del pago de una licencia de paternidad, precisó que a partir de las circunstancias del caso particular, la acción ordinaria no era idónea ni eficaz para proteger los derechos supuestamente vulnerados, en razón a que la duración del trámite judicial tendiente a la definición de la entrega de los recursos económicos solicitados puede ser muy extensa y en consecuencia desproporcionada. Así, consideró que lo anterior implicaba una afectación inaceptable de las condiciones de vida del grupo familiar, puesto que los dineros petitionados se destinarían ordinariamente a garantizar el bienestar del recién nacido en sus primeros días de vida.

En consonancia, la Sentencia T-190 de 2016 reiteró el criterio jurisprudencial ya mencionado y determinó que, si bien, la licencia de paternidad es un derecho prestacional que en principio no podría satisfacerse a través de la acción de tutela, de manera excepcional y cuando el derecho fundamental al mínimo vital del accionante y del recién nacido se encuentren vulnerados por la falta de reconocimiento de la misma, la tutela se transforma en el mecanismo judicial procedente para ello y no sería necesario acudir a la jurisdicción ordinaria laboral."

Más recientemente y en sentencia T-275 de 2022, se precisó que las licencias de maternidad y paternidad se crearon con la finalidad de otorgar a los trabajadores un determinado número de días remunerados, a efectos que puedan contrarrestar los efectos de su ausencia temporal del trabajo, por lo que como contraprestación se le concede un auxilio económico para que el trabajador o trabajadora cuente con los medios para su subsistencia y la de su hijo:

"Las licencias de maternidad y de paternidad son instituciones previstas por la legislación laboral por medio de las cuales el padre o madre trabajadores tienen derecho a disfrutar de cierto número de días remunerados, de tal suerte que puedan contar con los medios económicos que les permitan velar por su subsistencia y la de su menor

hijo. Ambas tienen como fundamento último y común el interés superior de la niñez, ello materializa el artículo 44 Superior, debido a que, de un lado, el Estado estimula y propicia las conductas de cuidado a la niñez y apoya su cumplimiento y, de otro lado, la familia tiene la posibilidad real de brindar cuidado y amor al niño, niña o adolescente que recién llega a la nueva familia.

El reconocimiento de las licencias de maternidad y de paternidad no es un «beneficio caprichoso» o «premio [...] que se concede al trabajador por el simple hecho de la paternidad [o maternidad]», sino «una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño». El acompañamiento de los padres contribuye al fortalecimiento de «los vínculos paternofiliales» y, por ende, al «desarrollo armónico e integral» de la niñez, «que parte del concepto de familia como núcleo fundamental de la sociedad (arts. 42 y 44 de la Constitución)»

Finalmente, en el mismo proveído se estudió lo relativo al requisito de procedibilidad de subsidiariedad de la acción de tutela, concluyéndose que ésta resulta procedente en la medida que con la negativa para el pago de la prestación, se amenazan no solamente los derechos fundamentales del padre o la madre sino también del menor, siendo éste de mayor relevancia jurídica dada su vulnerabilidad, sin que sea óbice el nivel de ingresos del afiliado o peticionario. Esto consideró la Corporación:

"Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que «la acción de tutela resulta procedente, para solicitar el reconocimiento de la licencia de maternidad, cuando su negativa amenace un derecho fundamental tanto de la madre como de la persona adoptante, al igual que los derechos del recién nacido o de los niños entregados en adopción». Sobre el particular, esta Corte ha afirmado que está comprobado que la omisión en el reconocimiento y pago de la prestación afecta el mínimo vital de la madre y su hijo o hija. La jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha establecido que debe presumirse que el derecho al mínimo vital se vulnera cuando el padre o la madre que reclama la licencia, dentro del año siguiente al nacimiento o adopción del menor de edad, no tiene ingresos económicos diferentes a su salario mensual o a que los recursos que devenga.

Para la aplicación de esta presunción no es relevante la cuantía de los ingresos o el nivel socioeconómico del padre o madre que solicita el reconocimiento y pago de la prestación en cuestión. Es decir, «la presunción opera siempre que el juez constitucional valore que la falta del pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo», con «independencia de si el salario de la madre [o padre] es mayor al salario mínimo o si se trata de una persona de escasos recursos».

En suma, cuando el padre o madre que solicita la licencia de maternidad tiene como única fuente de ingresos el salario que habría de ser cubierto

por dicha prestación, su no reconocimiento o falta de pago implica la vulneración de su derecho al mínimo vital, lo cual, a su vez repercute negativamente en la vida digna del accionante y de su hijo."

4. Caso en concreto.

Descendiendo al caso en concreto, se aportaron como pruebas con el escrito inicial, el certificado de afiliación a la EPS Famisanar del 17 de noviembre de 2023, cuyo estado es activo y en condición de cotizante. Igualmente, se aportó copia de la Incapacidad Médica 0000528358 del 28 de diciembre de 2022, en la que se prescribió licencia de maternidad del 30 de diciembre de ese año, por un término de 126 días hasta el 5 de mayo de 2023. Igualmente, se allegó la historia clínica de la tutelante, el registro civil de nacimiento de su hijo que acaeció el 30 de diciembre de 2022, el derecho de petición elevado a la accionada y las planillas de pago de aportes a seguridad social de abril, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2022, y mayo de 2023.

En contraposición, la EPS argumentó que el pago de los aportes a seguridad social se efectuó de manera extemporánea, para lo cual aportó una captura de pantalla de un reporte de pagos realizados desde diciembre de 2021 a diciembre de 2022, y un certificado en el que se indica que la incapacidad del 30 de diciembre de 2022 al 4 de mayo de 2023 fue negada con la causal "*Señor usuario, usted realizó pago de aportes fuera de la fecha establecida.*"

Como primera medida y en los términos de la jurisprudencia antes citada, considera ésta Juzgadora que está satisfecho el requisito de procedibilidad de subsidiariedad de la acción de tutela, como quiera que la trabajadora indicó que el impago de la licencia le ha acarreado una afectación a su mínimo vital para mantener sus condiciones de subsistencia y las de su hijo, por lo que en principio el amparo pretendido es procedente, pese a recaer sobre prestaciones de carácter netamente económico, máxime cuando la accionada no desvirtuó tales afirmaciones.

Ahora bien, respecto de la negativa de la EPS, se aprecia que recae en el hecho que el tutelante efectuó de manera tardía el pago de sus aportes, situación que está regulada en el artículo 3.2.2.1. del Decreto 780 de 2016, modificado por el artículo 1º del Decreto 923 de 2017, y que señala que el plazo para la autoliquidación de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y Aportes Parafiscales se efectuará según los últimos dígitos del Nit. o cédula del aportante, que para el presente asunto sería el 12 día hábil del mes, por terminar el documento de identificación en 72.

Por ello, se aprecia que, según las planillas aportadas, los pagos de aportes para los meses de junio, agosto, septiembre y noviembre de 2022 se efectuó de manera claramente extemporánea, al igual que el mes de marzo, según el reporte anexo por la accionada, por lo que en principio le asistiría razón a la EPS al negar el reconocimiento de la prestación. Sin embargo, ello no es óbice para pagar la licencia de maternidad, como quiera que se debieron cobrar los

correspondientes intereses de mora al momento del pago, como lo dispone el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 de 2022:

"Artículo 2.2.3.2.1 Condiciones para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que la afiliada, acredite las siguientes condiciones al momento del parto:

- 1. Estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante y en estado activo.*
- 2. Haber efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.*
- 3. Contar con el certificado de licencia de maternidad expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta.*

*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 (...)"* (Negritas fuera del texto)

Aunado a ello, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa al señalar que corresponde a la EPS adelantar las acciones de cobro o rechazar el pago, so pena de allanarse en la mora, conforme se explicó en sentencia T-963 de 2007:

"Bajo esta línea argumentativa, aun cuando el empleador o el trabajador independiente hayan cancelado de manera tardía o de manera incompleta las cotizaciones en salud, pero la EPS no lo haya requerido para que lo hiciera, ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la EPS se allanó en la mora por la mera aceptación del dinero, y por tanto se encuentra obligada a pagar la incapacidad laboral del trabajador o cotizante independiente."

Más recientemente, en sentencia T-529 de 2017 se reiteró tal postura, al considerar que no puede pretenderse que las EPS se beneficien de los aportes efectuados de manera tardía, pero que en contraposición aduzcan la mora para negar las prestaciones a su cargo, ya que cuentan con la potestad de emprender acciones de cobro o rechazar el pago, según el caso, para sanear la mora. Esto concluyó la H. Corte Constitucional:

"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 funge como la parte más débil del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Esto, sobre todo porque se estaría impidiendo que dichas cotizaciones puedan ser contabilizadas para los efectos que justificaron su cancelación, esto es, cubrir de las contingencias en las que se puedan ver inmersos los afiliados.

En este sentido se ha pronunciado en reiteradas ocasiones esta Corporación, y ha indicado que las E.P.S. "no pueden, so pretexto de la mora en el pago de los aportes a cargo del empleador o del cotizante independiente, rehusarse a cancelar y reconocer una incapacidad laboral por enfermedad general, si obraron de manera negligente para su efectivo pago, o si incumplieron el deber de adelantar de manera oportuna las acciones legales de cobro, incluso con la consecuente oposición al pago extemporáneo".

En consecuencia, en virtud de la doctrina desarrollada por esta Corporación relativa al "allanamiento en la mora", las E.P.S. se encuentran imposibilitadas para negarse a efectuar el reconocimiento de una incapacidad laboral cuando quiera que se efectuó el pago extemporáneo de las cotizaciones por parte del empleador o del trabajador independiente y se omitió rechazar su pago o emprender las acciones legales orientadas a su cobro judicial."

Como consecuencia de lo anterior, y en vista que la EPS accionada no demostró haber rechazado el pago o emprendido alguna otra acción ante la mora de la cotizante independiente, se avizora que la impugnación es infundada y se habrá de confirmar en su totalidad la sentencia primigenia al encontrarse ajustada a derecho.

Finalmente y respecto de la pretensión de la EPS Famisanar formulada en el escrito de impugnación, encaminada a que se ordene al empleador rendir un informe respecto de los hechos y pretensiones, se lee que es la misma entidad la que informa que la promotora de la acción se encuentra vinculada como cotizante independiente, por lo que por sustracción de materia carece de todo sustento fáctico y jurídico dicha pretensión.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia de tutela proferida el 4 de diciembre de 2023 por el Juzgado 2º Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente providencia a las partes a través de correo electrónico.

TERCERO: ENVIAR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,


YUDY ALEXANDRA CHARRY SALAS

ERBC