

RADICADO: 2023-081
ACCIONANTE: DAYANA MELISA NIVIA ROJAS
ACCIONADO: FAMISANAR EPS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO CATORCE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BUCARAMANGA

Bucaramanga, veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Decide el despacho, en primera instancia, la acción de tutela radicada bajo el No. 6800014088014-2023-00081-00, instaurada por DAYANA MELISA NIVIA ROJAS en contra de FAMISANAR EPS, habiéndose vinculado de oficio a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, al MINISTERIO DEL TRABAJO – DIRECCIÓN TERRITORIAL SANTANDER, CENTRO MÉDICO COLSUBSIDIO, FITNESS 29 COLOMBIA S.A.S y DATA S.A.S.

ANTECEDENTES

La accionante fundamenta la demanda en los siguientes hechos:

Durante su periodo de gestación estuvo vinculada a FITNESS 29 COLOMBIA S.A.S., y luego a DATA S.A.S., empresas que realizaron aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud a FAMISANAR EPS. Luego, el 17 de agosto de 2022 nació su hija, por lo que se le concedió licencia de maternidad por 126 días, la cual no ha sido pagada por la EPS, imponiendo trabas administrativas para su reconocimiento y pago, en aspectos relativos a la transcripción de la incapacidad, certificación bancaria, RUT y cámara de comercio, los cuales ha enviado en dos oportunidades, comunicándosele que su licencia se pagaría en 30 días hábiles contados a partir del 17 de marzo de 2023, lo cual no ocurrió, argumentando que no se habían realizado aportes en los meses de octubre y enero, lo cual; según expuso, no es cierto, ya que se realizaron las cotizaciones de manera oportuna durante su gestación.

Indicó que, con posterioridad, la EPS, a través de consulta virtual, le comunicó que la negativa al pago de la licencia obedecía a la extemporaneidad de los aportes, esto sin indicar las fechas o meses en que se realizaron los aportes extemporáneos. Frente a esto, precisó que en el evento de que se hayan realizado aportes extemporáneos, no puede la EPS negar el pago de la licencia, ya que al aceptar los pagos se allanó a la mora, y que, de no cumplir con las semanas de cotización exigidas, igualmente tendría derecho al pago de su licencia de manera proporcional, situaciones estas en las que afirmó no encontrarse, reiterando que sus aportes fueron realizados oportunamente y de manera completa durante todo su periodo de gestación.

SUJETOS DE ESTA ACCIÓN

Accionante: DAYANA MELISA NIVIA ROJAS, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 1014283230.

Entidad Accionada: FAMISANAR EPS.

RADICADO: 2023-081
ACCIONANTE: DAYANA MELISA NIVIA ROJAS
ACCIONADO: FAMISANAR EPS

Entidades Vinculadas: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, al MINISTERIO DEL TRABAJO – DIRECCIÓN TERRITORIAL SANTANDER, CENTRO MÉDICO COLSUBSIDIO, FITNESS 29 COLOMBIA S.A.S y DATA S.A.S.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

La accionante solicita el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida suyo y de su menor hija, para que, en consecuencia, se ordene a FAMISANAR EPS pagar la licencia de maternidad No. 0009192894.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

DATA S.A.S.

JANETH ROA PEÑUELA, representante legal de la sociedad, informó que por parte de FAMISANAR EPS se les solicitó varia documentación que fue allegada a los correos indicados en los términos solicitados por la EPS, que inicialmente informó que realizaría el pago de la licencia de maternidad, y luego, informaron que el mismo no se realizaría, aduciendo un presunto pago extemporáneo, desconociendo los aportes realizados durante su periodo de gestación. Finalmente, solicitó que se declare la improcedencia de la acción en cuanto a su representada, que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante.

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

Por intermedio medio de Julio Eduardo Rodríguez Alvarado, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, manifestó que la presente acción constitucional es improcedente por cuanto la controversia se suscita alrededor de conflictos de índole económico y no de carácter constitucional, por lo que se está desconociendo el principio de subsidiariedad pues la accionante no ha demostrado que el mecanismo judicial ordinario no es idóneo. Igualmente, señaló que no se cumple con el requisito de inmediatez.

De otra parte, dijo que conforme al artículo 2.6.1.1.2.10 del Decreto 780 de 2016, la obligación de la ADRES respecto al pago de licencias inicia una vez las EPS o Entidades Obligadas a Compensar (EOC) presentan las mismas para su reconocimiento y pago, y en el caso concreto dicha situación no ha ocurrido aún, pues precisamente es la negativa al pago de la licencia de maternidad a la accionante por parte de la EPS lo que origina la presentación de la acción de tutela.

En este sentido, solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela por no cumplir con los principios de subsidiariedad e inmediatez y contener pretensiones económicas; igualmente, peticionó que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de su representada, y que se niegue el amparo solicitado en lo que tiene que ver con la ADRES.

IPS COLSUBSIDIO

Por intermedio de ANDREA CAMILA ORDOÑEZ CEPEDA, abogada de la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO, expresó que DAYANA MELISA NIVIA ROJAS fue atendida en la IPS durante el año 2022, en la que ingresó

RADICADO: 2023-081
ACCIONANTE: DAYANA MELISA NIVIA ROJAS
ACCIONADO: FAMISANAR EPS

el 16 de agosto de 2022 con embarazo a término para realizar cesárea, intervención que se realizó el 17 de agosto sin complicaciones, con obtención de recién nacido vivo de sexo femenino, dándosele salida el 18 de agosto de 2022. En consecuencia, se expidió licencia de maternidad comprendida entre las fechas 17 de agosto a 20 de diciembre de 2022, con un total de 126 días:

EPS FAMISANAR S.A.S.					
CERTIFICADO DE INCAPACIDAD O LICENCIA POR MATERNIDAD					
Pag. 1 de 1					
Estado	0129 CONSORCIO		Nro Incapacidad 0009192894	No. de Solicitud	
Oficina	C 1014283230		DAYANA MELISA NIVIA ROJAS	Tipo Trabajador Dependiente	
Cotizante	1014283230		DAYANA MELISA NIVIA ROJAS	Tipo Trabajador Dependiente	
Fecha Recepción	22/11/2022	Fecha de Expedición	17/08/2022	Fecha de Radicación 23/10/2022	
Empleador	901408299 DATA SEGUROS COLOMBIA SAS				
IPS	6249 COLSUBSIDIO CLINICA 94				
Médico	ERICSON VALERY QUIMBAYO LOPEZ				
Fecha Inicio	17/08/2022	Días de Incapacidad	126	Fecha Terminación 20/12/2022	
Prórroga	No	Traslape	No	Hospitalización No	
Diagnóstico	O800				
Contingencia	LICENCIA DE MATERNIDAD		38.6 Semanas de Gestación		

Por lo que concluyó que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales de la accionante por parte de su representada, correspondiendo a la EPS pagar la licencia de maternidad; y, en tal sentido, solicitó que se declare la improcedencia de la acción frente a la IPS COLSUBSIDIO.

EPS FAMISANAR S.A.S.

FREDY ALEXANDER CAICEDO, encargado del cumplimiento de fallos de tutela de la entidad, indicó que la licencia de maternidad de DAYANA MELISA NIVIA ROJAS fue negada por haber presentado pagos extemporáneos durante el periodo de gestación. Explicó que cuando se presentan pagos fuera del término legal en cada mes del periodo de gestación, la ADRES objeta la solicitud de pago, lo que imposibilita a la EPS para efectuar el reconocimiento de la prestación económica.

Adujo que hay lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad cuando el pago de las cotizaciones correspondientes se haya realizado máximo en la fecha límite de pago.

Aunado a esto, expuso que por tratarse de una prestación originada en agosto de 2022 y haber transcurrido 9 meses para acudir a la acción de tutela, no se satisface el principio de inmediatez, necesario para la procedencia de la acción de tutela, lo que descarta una afectación real al mínimo vital. Así mismo, indicó que la tutela no es el mecanismo idóneo para reclamar prestaciones de contenido económico para cuya reclamación existen otros medios ordinarios, máxime cuando no se satisface el requisito de inmediatez ni se acredita la existencia de un perjuicio irremediable. Manifestó, además, que el empleador, DATA S.A.S. debió realizar el pago del valor de la licencia de maternidad a la accionante mes a mes junto con la nómina, y luego proceder a solicitar el reembolso de lo pagado a la EPS, sobre todo, al no cumplirse con las condiciones previstas para el reconocimiento de la misma.

Seguidamente, resaltó el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, que no procede ante solicitudes de índole económico y reiteró que no se encuentra debidamente acreditado que en el presente caso se haya causado una afectación al mínimo vital de la accionante.

Finalmente, aseguró que su representada ha actuado de forma legítima y ajustada a la Ley, sin haber efectuado acción u omisión concreta que haya afectado los derechos fundamentales de la accionante, y solicitó que el amparo solicitado sea declarado improcedente, y que se ordene a DATA S.A.S. realizar los pagos y aportes a seguridad social de la accionante de manera oportuna; de manera

RADICADO: 2023-081
ACCIONANTE: DAYANA MELISA NIVIA ROJAS
ACCIONADO: FAMISANAR EPS

subsidiaria, solicitó que, de concederse el amparo, se ordene el reembolso ante la ADRES del valor reconocido por la licencia de maternidad.

FITNESS 29 COLOMBIA S.A.S.

KAREN VIVIANA LINERO CUELLAR, representante legal de la sociedad, refirió que la accionante fue trabajadora de su representada desde junio 01 de 2021 hasta el 01 de abril de 2022, relación laboral que terminó en virtud de renuncia de esta, en un momento en el que se encontraba aproximadamente en el tercer mes de gestación, precisó que se realizaron los aportes en salud de manera oportuna; en tal sentido, solicitó que se declare que su representada no ha incurrido en acción u omisión alguna que amenace o vulnere los derechos fundamentales de la señora NIVIA ROJAS, así como su desvinculación por carecer de legitimación en la causa por pasiva.

MINISTERIO DEL TRABAJO – DIRECCIÓN TERRITORIAL SANTANDER

Habiendo sido notificada de su vinculación, y cumplido el término perentorio concedido para allegar informe, se tiene que la entidad no allegó respuesta a la presente acción constitucional.

CONSIDERACIONES

LEGITIMACIÓN

La ejerce la señora DAYANA MELISA NIVIA ROJAS, a fin de buscar la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida, por lo cual como persona capaz está facultada para acudir ante el Juez Constitucional, en virtud del artículo 86 de la Constitución Política.

COMPETENCIA

Este juzgado es competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y en los artículos 37 del Decreto Ley 2591 de 1991, 1 del Decreto 1382 del 2000, 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, así como en el Auto 050 de 2015 de la Corte Constitucional y en el artículo 1º del decreto 1983 de 2017, y 1º del Decreto 333 de 2021, según el cual, “ Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

“1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces Municipales.”

Así mismo se establece que tanto la accionante como la accionada tienen su domicilio en la ciudad de Bucaramanga, ámbito territorial en el que ejerce sus funciones este despacho judicial.

PROBLEMA JURÍDICO CONSIDERADO

¿Procede la acción de tutela para ordenar a EPS FAMISANAR S.A.S. el pago de la licencia de maternidad a la señora DAYANA MELISA NIVIA ROJAS licencia de maternidad por 126, la cual hasta la fecha no ha sido cancelada argumentándose

por la EPS la extemporaneidad en el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación?

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Sobre el caso particular que hoy nos ocupa, como lo es la procedencia de la acción de tutela para ordenar el pago de la licencia de maternidad cuando no se ha cotizado todo el periodo de gestación y cuando por parte de la EPS se argumenta la mora en el pago de los aportes a salud, resulta imperante traer a colación la Sentencia T-526-19 Magistrado Ponente, ALBERTO ROJAS RÍOS:

“5. Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia

La licencia de maternidad es la manifestación más relevante de la protección especial que la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos¹ le otorgan a la mujer trabajadora. Al respecto, la Constitución Política de 1991, en el artículo 43, dispuso lo siguiente:

“(…) La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone:

“Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el descanso remunerado otorgado a la madre que recién ha dado a luz, materializa los “*principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución básica de la sociedad, y los derechos de la madre y del recién nacido a la vida digna y al mínimo vital*”².

Debido a que existe una protección especial a la mujer trabajadora durante el embarazo y con posterioridad a este y a la necesidad de una “*protección integral a la niñez derivada de los artículos 42, 43, 44 y 45 Superiores*”³, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo incorporó la figura de la licencia de maternidad, entendida esta como el descanso remunerado posterior al parto⁴.

Esta Corporación al respecto de la licencia de maternidad, señaló que esta es:

*“un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que ésta derivaba y cuya percepción se ve interrumpida con motivo del parto. Conforme a lo anterior, se concluye que el hecho generador de la licencia de maternidad no es el alumbramiento aisladamente considerado, sino este hecho aunado a la preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento”*⁵

¹ Sentencia T-503 de 2016.

² Sentencia T-278 de 2018.

³ Sentencia T- 489 de 2018.

⁴ Sentencia T- 278 de 2018.

⁵ Sentencia T-998 de 2018.

La licencia de maternidad no solo tiene una connotación económica encaminada a reemplazar los ingresos que percibía la madre, sino que también conlleva una protección integral y especial a favor de esta y de su hijo recién nacido, pues garantiza la institución familiar a través del otorgamiento de prestaciones que tienen por finalidad la recuperación de la madre y el cuidado del menor y, además, que *“dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad”*⁶.

Esta prestación cubre a las mujeres afiliadas al Sistema de Seguridad Social en salud en el régimen contributivo, esto es, a las vinculadas a través de contrato de trabajo, pensionadas, servidoras públicas o trabajadoras independientes con capacidad de pago, que, con motivo del alumbramiento de su hijo, suspenden sus actividades productivas y no perciben los ingresos que usualmente cubrían sus necesidades vitales, reconocimiento que será brindado siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico⁷.

El artículo 1º de la Ley 1822 de 2017, la cual modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, contempló la licencia de maternidad en los siguientes términos:

“Artículo 1º. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: "Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor. 3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar: a) El estado de embarazo de la trabajadora; b) La indicación del día probable del parto, y c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.”

En consonancia con lo anterior, el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 2016 dispone lo siguiente:

“Artículo 2.1.13.1 Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación.

En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

⁶ Sentencia T-489 de 2018.

⁷ Sentencia T- 278 de 2018.

RADICADO: 2023-081
ACCIONANTE: DAYANA MELISA NIVIA ROJAS
ACCIONADO: FAMISANAR EPS

En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC.

En el caso del trabajador dependiente, cuando la variación del IBC exceda el cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores se dará traslado a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y demás autoridades competentes para que adelanten las acciones administrativas o penales a que hubiere lugar.”

En lo que respecta al tiempo de cotización, la jurisprudencia constitucional⁸ ha señalado que si bien la norma prevé como requisito para acceder a la licencia de maternidad el efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud durante todo el período de gestación, lo cierto es que dicha prestación debe cancelarse de manera proporcional a las semanas cotizadas. En palabras de esta Corporación se dijo:

“la jurisprudencia Constitucional ha sido reiterativa al sostener que el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, puesto que con dicha negativa se está vulnerando el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido. Motivo por el cual, estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional. Lo anterior con la finalidad de proteger a la madre y al menor de edad”. Así, “si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa. Si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó”⁹.

7. Jurisprudencia Constitucional sobre el allanamiento a la mora por parte de las Entidades Promotoras de Salud

Esta Corporación¹⁰ ha indicado que existen eventos en los cuales la entidad promotora de salud se encuentra en la obligación de pagar prestaciones económicas, como incapacidades y la licencia de maternidad, a aquellos afiliados que se encuentran en mora en los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Esto ocurre cuando la E.P.S. se allana a la mora, es decir, que, frente al incumplimiento o cumplimiento tardío del aporte mensual al sistema de salud por parte del empleador, la entidad no hace uso de la facultad que detenta para el cobro de lo debido, competencia otorgada por el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, que establece lo siguiente:

“ACCIONES DE COBRO. *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,*

⁸ Sentencia T-489 de 2018, T-278 de 2018 y T-368 de 2015 entre otras.

⁹ Sentencia T-503 de 2016.

¹⁰ Sentencias T-335 de 2009, T-018 de 2010, T-115 de 2010, T- 786 de 2010, T-064 de 2012, T-263 de 2012, T- 862 de 2013 y T-724 de 2014, entre otras.

la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.

En el mismo sentido, el artículo 2.1.9.1. del Decreto 780 de 2016 dispone que:

“Efectos de la mora en las cotizaciones de trabajadores dependientes. 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.

Los efectos previstos en el presente artículo se aplicarán siempre y cuando la EPS no se hubiere allanado a la mora. (Negrilla y cursiva fuera del texto original)

El artículo precitado deja claro que, frente a la suspensión de la afiliación por mora en el pago de los aportes por parte del empleador, la E.P.S. no reconocerá ninguna prestación económica derivada de una incapacidad o licencia de maternidad, salvo que no haya efectuado las acciones que tiene a favor para el cobro de las mesadas adeudadas por los empleadores, pues de no realizarlo tendrá a cargo dichos rubros.

Así, asentar que las E.P.S. no reconozcan y paguen las incapacidades o la licencia de maternidad, pese a tener a su disposición mecanismos para el cobro de los aportes en mora por parte de los empleadores, sería aceptar que esta se favorezca de su propia negligencia, desconociendo los principios de buena fe y confianza legítima del afiliado¹¹.

En el mismo sentido, es importante resaltar que, como bien ya se dijo en los acápites anteriores, no reconocer el pago de estas prestaciones económicas (incapacidad por enfermedad de origen común y licencia de maternidad) podría vulnerar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de las personas que subsisten de su salario, así como de su núcleo familiar dependiente económicamente de ellas.

Por consiguiente, se concluye que, 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.

CASO CONCRETO

De la Inmediatez de la acción

Como cuestión previa, es menester precisar que en virtud del artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela puede interponerse en todo tiempo, por lo

¹¹ Sentencia T-529 de 2017.

que no tiene término de caducidad; no obstante, tratándose de un mecanismo de protección inmediata de derechos fundamentales, su finalidad es la de solucionar situaciones que ocasionen la vulneración o amenaza de derechos fundamentales¹², por lo que debe analizarse en cada caso concreto las circunstancias que permitan determinar si existe un plazo razonable entre el momento en que ocurrió el hecho u omisión que motiva la acción, y su efectiva presentación.

En torno al caso particular del pago de licencias de maternidad, la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos ha considerado que el requisito de inmediatez se tiene por satisfecho en tanto la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento¹³. Así mismo, se ha decantado por la Jurisprudencia del máximo tribunal que: *la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo para el reconocimiento de la licencia de maternidad cuando se verifican dos aspectos: i) **que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento del niño o niña** y ii) que se compruebe por cualquier medio la afectación al mínimo vital de la madre y su hijo. En cuanto a este último aspecto, la Corte 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.¹⁴”* (Subrayas fuera del texto original).

Para el caso objeto de estudio, se tiene que la presente acción se interpone transcurridos nueve (9) meses del nacimiento de la menor hija de DAYANA MELISA NIVIA ROJAS, situación que, a primera vista, y a juicio de esta falladora, satisface el principio de inmediatez de la acción de tutela, más aún si se tiene en cuenta que existen motivos válidos que justifican el tiempo transcurrido, ya que tanto la accionante como su empleador, DATA S.A.S. coinciden en afirmar que desde el inicio de la licencia se solicitó el pago, requiriéndoseles documentación que fue enviada oportunamente a las direcciones indicadas por la EPS, ante lo cual FAMISANAR informó que se había aprobado la licencia de maternidad, lo cual se corrobora con el documento fechado el 20 de enero de 2023, visible a folio No. 9 del escrito de tutela, autorización que fue revocada en comunicación posterior en la que la EPS negó el desembolso por un supuesto pago extemporáneo, representándose esto en el tiempo transcurrido, durante el cual se generó la expectativa legítima de la accionante a recibir el pago de la licencia de maternidad a la que considera tener derecho, sin embargo posteriormente se obtuvo respuesta negativa por parte de la accionada; tramites y afirmaciones que no fueron controvertidos por la accionada, la cual se limitó en este punto a recalcar que han transcurrido nueve meses desde que se otorgó la licencia, por lo que, en suma, este Despacho considera que en el sub iudice se acredita el cumplimiento del principio de inmediatez de la acción.

Vulneración de Derechos Fundamentales Invocados

Descendiendo al caso en concreto, la acción de tutela se encamina a obtener a favor de la señora DAYANA MELISA NIVIA ROJAS el pago de la licencia de maternidad por 126 días ante el nacimiento de su menor hija el 17 de agosto de 2022, cuyo pago no ha sido efectuado por FAMISANAR EPS.

Por su parte, FAMISANAR EPS contestó que no resulta procedente el reconocimiento económico de la licencia de maternidad solicitada por la accionante, toda vez que durante el periodo de gestación se realizaron pagos extemporáneos.

¹² Corte Constitucional, Sentencias T-148 de 2019, T-608 de 2019 y T-117 de 2020, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹³ Al respecto, ver Sentencia T-1062 de 2012

¹⁴ Sentencias T-473 de 2001, T-664 de 2002, T-368 de 2009, T-503 de 2016, T-278 de 2018, T-489 de 2018 y T-526 de 2019, reiterado en Sentencia T-224 de 2021, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

RADICADO: 2023-081
ACCIONANTE: DAYANA MELISA NIVIA ROJAS
ACCIONADO: FAMISANAR EPS

Por lo anterior, y teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales a los que se hizo referencia anteriormente, de acuerdo con los hechos y pruebas reseñados, este Despacho entra a determinar si efectivamente FAMISANAR EPS ha vulnerado los derechos fundamentales, al negarle a la señora DAYANA MELISA NIVIA ROJAS el pago de su licencia de maternidad.

Como primer punto, el Despacho hace una relación de lo que ha sido el transcurso de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional y lo que el Legislador ha determinado sobre la licencia de maternidad, como prestación económica, otorgada a las afiliadas al régimen de seguridad social. Estas prestaciones se pueden definir como subsidios en dinero otorgados en eventos específicos y, tienen como objetivo, garantizar a la trabajadora (dependiente o independiente) y a su familia, estabilidad económica y la posibilidad de tener una vida en condiciones dignas.

Es así que el legislador ha establecido dentro de estas prestaciones sociales, la que hoy es materia de estudio, es decir, la licencia de maternidad, la cual fue definida por el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley 1822 de 2017, así: *“Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.”*

Además, debemos resaltar lo consagrado en el artículo 43 de la Constitución Política en donde se concedió una situación de protección especial a la mujer en estado de embarazo o una vez se haya realizado el parto, determinándolo así: *“durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este un subsidio alimentario si entonces estuviese desempleada o desamparada.”*

Concordante con lo anterior, no se puede dejar de lado que la licencia de maternidad es el resultado del cumplimiento efectivo de los principios constitucionales de amparo a la familia como institución básica de la sociedad, y los derechos de la madre y del menor, a la vida digna y al mínimo vital¹⁵.

Ahora bien, sobre el mismo tema se permite el despacho traer a colación lo definido por la Corte Constitucional en sentencia T-998 de 2008 en donde se definió como *“una medida de protección a favor de la madre, del menor recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un periodo destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido”*¹⁶.

Claro lo anterior, el Despacho analizará los requisitos jurisprudenciales y legales, para determinar si la accionante tiene derecho o no al pago de la licencia de maternidad, para lo cual se tendrá en cuenta lo siguiente: (i) Que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación (Decreto 47 de 2000), (ii) que su empleador (o la misma cotizante, en caso de ser trabajadora independiente) haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho (Decreto 1804 de 1999), y iii) que la afiliada haya realizado aportes al sistema de manera completa durante el año anterior a la causación del derecho (Decreto 1804 de 1999).

Una vez establecidos estos requisitos, ha señalado la Corte Constitucional que los mismos no pueden ser aplicados taxativamente, toda vez, que, no todos los casos

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-603 del treinta y uno (31) de julio de 2006, MP. Rodrigo Escobar Gil, sentencia T-998 del catorce (14) de octubre de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-204 del 28 de febrero de 2008, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

son iguales y que en la mayoría de los mismos, si se da aplicación literal a estos requisitos, se estaría frente a una vulneración de derechos fundamentales como quedó demostrado en los apartes de la sentencia que hoy sirve de fundamento a esta Judicatura.

Pues bien, respecto al tiempo de cotización que tuvo la señora DAYANA MELISA NIVIA ROJAS durante su periodo de gestación, se tiene que la propia entidad accionada FAMISANAR EPS allegó junto con su respuesta de tutela, pantallazo de los períodos compensados, fecha de pagos, IBC y días cotizados, encontrándose que la actora cotizó mes completo desde noviembre de 2021 hasta agosto de 2022, es decir los 9 meses de su período de gestación, por lo que en atención al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional procede el pago de la licencia de maternidad de manera completa, resaltándose lo siguiente:

“En los casos en que, durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación”. Sentencia T-526-19

De otra parte y en cuanto al argumento ofrecido por FAMISANAR EPS, en el sentido de manifestar que el pago de la licencia de maternidad no resultaba procedente, ya que el empleador registró pagos extemporáneos en los aportes al sistema de seguridad social en salud para el momento de causarse la misma no es de recibo, lo cierto es que aceptó el pago extemporáneo, por lo que se hace necesario traer a colación lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia citada en el acápite de antecedente jurisprudencial de la presente sentencia:

“Esta Corporación¹⁴ ha indicado que existen eventos en los cuales la entidad promotora de salud se encuentra en la obligación de pagar prestaciones económicas, como incapacidades y la licencia de maternidad, a aquellos afiliados que se encuentran en mora en los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Esto ocurre cuando la E.P.S. se allana a la mora, es decir, que, frente al incumplimiento o cumplimiento tardío del aporte mensual al sistema de salud por parte del empleador, la entidad no hace uso de la facultad que detenta para el cobro de lo debido, competencia otorgada por el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, que establece lo siguiente:

ACCIONES DE COBRO. *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”.*

Entonces, resulta imperante la posición jurisprudencial, por cuanto al existir una vulneración del mínimo vital, debe proceder a proteger los derechos fundamentales de la mujer y del recién nacido¹⁷, como en el caso concreto, en el que de acuerdo a lo acreditado dentro del presente trámite constitucional, se tiene que la señora DAYANA MELISA NIVIA ROJAS durante todo su periodo de gestación cotizó al sistema general de seguridad social en salud, debiendo por consiguiente ordenarse el pago de la licencia de maternidad de manera completa, esto teniendo en cuenta que el derecho al pago del salario es esencial para la subsistencia de las madres trabajadoras después del parto, resaltando el hecho de que FAMISANAR EPS no acreditó haber realizado acciones para el cobro de las mesadas adeudadas en su momento por el empleador, y por el contrario se allanó a la mora, razones válidas para que esta judicatura evidencie que la negación del pago de la licencia de maternidad permite presumir la vulneración del derecho fundamental

¹⁷ Sentencia T-1223 de 2008.

RADICADO: 2023-081
ACCIONANTE: DAYANA MELISA NIVIA ROJAS
ACCIONADO: FAMISANAR EPS

al mínimo vital y de esta manera se habilita para desplazar a la jurisdicción ordinaria tomando las medidas necesarias para la protección de los derechos invocados.

Respecto a la solicitud subsidiaria de FAMISANAR EPS de que se ordene a la ADRES el reembolso del valor reconocido por concepto de la licencia de maternidad, se tiene que esta no resulta procedente, toda vez que, según resaltó la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD:

“Respecto al cobro ante el FOSYGA, hoy ADRES, el artículo 2.6.1.1.2.10 del Decreto 780 de 2016 estableció lo siguiente:

“(…) Las licencias de maternidad y/o paternidad que las EPS y las EOC cobran al Fosyga, así como las correcciones a licencias aprobadas o glosadas se presentarán al Fosyga el último día hábil de la tercera semana del mes. El Fosyga efectuará la validación para su reconocimiento dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la fecha de presentación.

En todo caso, el cobro de dichas licencias por parte de las EPS y las EOC ante el Fosyga, deberá presentarse como máximo dentro de los doce (12) meses siguientes a su reconocimiento y pago” (Subrayas fuera de texto)

En esos términos, conforme a la normativa citada, la obligación del ADRES para con las EPS o EOC, inicia con posterioridad a que estas hayan procedido con el reconocimiento y pago de la licencia, y se presente el cobro dentro de los doce meses siguientes al mismo, situación que, en el caso concreto, no ha ocurrido aún, ya que es precisamente la negativa a pagar la licencia por parte de la EPS el objeto de la presente acción, debiendo en todo caso realizar el cobro la EPS en los términos de ley sin necesidad de que medie orden judicial en ese sentido.

Recapitulando, el despacho aplica la posición adoptada por la H. Corte Constitucional en múltiples fallos, como en las sentencias T-489-18, T-554-12, T-998-08 y T-526-19 y así concluye que, en el caso concreto, procede la presente acción constitucional para proteger los derechos fundamentales al mínimo vital, la seguridad social, la salud y la vida digna de la señora DAYANA MELISA NIVIA ROJAS y su menor hija, al cumplir con los requisitos para el reconocimiento económico de la licencia de maternidad a que tiene derecho, a fin de que sea cancelada de manera completa es por esto que se ordenará al Representante Legal de FAMISANAR EPS que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del presente proveído, proceda a cancelar de manera completa la incapacidad por licencia de maternidad.

Finalmente, se desvinculará a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, al MINISTERIO DEL TRABAJO – DIRECCIÓN TERRITORIAL SANTANDER, CENTRO MÉDICO COLSUBSIDIO, FITNESS 29 COLOMBIA S.A.S y DATA S.A.S.

En razón y mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO CATORCE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BUCARAMANGA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONCEDER la tutela instaurada por la señora DAYANA MELISA NIVIA ROJAS contra FAMISANAR EPS, en aras de proteger los derechos propios y los

RADICADO: 2023-081
ACCIONANTE: DAYANA MELISA NIVIA ROJAS
ACCIONADO: FAMISANAR EPS

de su menor hija, al mínimo vital, y a la vida en condiciones dignas por las razones consignadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal de FAMISANAR EPS, o quien haga sus veces, que en el término perentorio de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente proveído proceda a cancelar de manera completa la incapacidad por licencia de maternidad a la señora DAYANA MELISA NIVIA ROJAS, la cual fuere expedida el 17 de agosto de 2022, por 126 días, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: NO CONCEDER el reembolso ante el ADRES solicitado por FAMISANAR EPS, para lo cual podrá acudir directamente en los términos de ley, según lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: DESVINCULAR de la presente acción a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, al MINISTERIO DEL TRABAJO – DIRECCIÓN TERRITORIAL SANTANDER, CENTRO MÉDICO COLSUBSIDIO, FITNESS 29 COLOMBIA S.A.S y DATA S.A.S., al no observar vulneración de derecho fundamental alguno de su parte.

QUINTO: El desacato a lo ordenado en esta sentencia se sancionará con arresto al igual que se investigará y sancionará penalmente por fraude a resolución judicial, según lo previsto en los artículos 52 y 53 del decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Dispóngase la notificación de este fallo a las partes interesadas, en forma inmediata y por el medio más expedito, informándosele igualmente que cuentan con tres (3) días hábiles para presentar recurso de Impugnación de que trata el artículo 31 del decreto 2591 de 1991, más dos (2) días según la ley 2213 de 2022, y de no ser impugnado envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ANA JOSEFA VILLARREAL GÓMEZ
JUEZ