



República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO VEINTICUATRO CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

SENTENCIA DE TUTELA

Bucaramanga, cuatro (04) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Procede el despacho a proferir sentencia dentro del presente asunto, a términos del artículo 22 del decreto 2591 de 1991, previo los siguientes,

I. ANTECEDENTES

JACQUELINE SANCHEZ CHAPARRO, formuló acción de tutela en nombre propio, por considerar que la entidad accionada ha vulnerado sus derechos fundamentales, con base en los siguientes hechos:

- Refiere que se encuentra afiliada a FAMISANAR EPS.
- Señala que, el 07 de noviembre del 2022, dio a luz a su hija en la clínica Chicamocha, y en virtud de su parto, se le expidió la incapacidad por licencia de maternidad por 126 días, comprendidos entre el 7 de noviembre del año pasado al 12 de marzo de 2023.
- Cuenta que el 25 de noviembre del 2022, radicó la licencia de maternidad para el pago ante la EPS, pero hasta el momento no se la ha cancelado, a pesar de que ha enviado 3 derechos de petición, a estos tampoco le han dado respuesta.
- Dice que FAMISANAR le está violentando sus derechos al mínimo vital, seguridad social e igualdad, porque no cuenta con otro sustento y por ende lo correspondiente a la licencia de maternidad, representa su mínimo vital.

II. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Aduce la actora que la entidad accionada, se encuentra vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social e igualdad, por lo que solicita se ordene a FAMISANAR EPS, que le efectúe el pago de la licencia de maternidad que el fue concedida.

III. ACTUACION PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida en providencia del 16 de junio del año en curso, en la cual se dispuso notificar a FAMISANAR EPS, y vincular a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, así como a la empresa NEW FRUVER S.A.S., con el objeto de que se pronunciaran acerca de cada uno de los hechos referidos en el escrito constitucional.

IV. CONTESTACION A LA TUTELA

- **FAMISANAR EPS**

Puntualiza que una vez validado el sistema de información, el área de prestaciones económicas de esa entidad, informó que la licencia de maternidad se encuentra negada, ya que durante el período de gestación de la afiliada, su empleador NEW FRUVER S.A.S. realizaba los aportes en salud de forma extemporánea, teniendo en cuenta que podía cancelarlos hasta el día 7 hábil de cada mes.

Sostiene que de acuerdo a la ley 1438 de 2011, la obligación de pago de incapacidades y licencias se encuentran en cabeza del empleador, es decir, que es este quien debe pagarlas y luego realizar el cobro a las EPS, ello para garantizarle el mínimo vital al trabajador, y éste no tenga que soportar la carga de patinar la solicitud ante la EPS, advirtiéndole que por esa razón esa entidad realizara el pago de las prestaciones económicas, únicamente al empleador de la aquí tutelante.

Considera que esta acción no está llamada a prosperar, en la medida que no ha amenazado, ni vulnerado derecho fundamental alguno, y que por el contrario la conducta asumida por ella es legítima y ajustada a la normatividad legal relacionada con el caso, pidiendo se la desvincule y se le ordene a NEW FRUVER como empleador de la accionante, que le pague la licencia de maternidad.

- **NEW FRUVER S.A.S.**

Luis Miguel Rodríguez aduciendo ser el representante legal de esa sociedad, cuenta que la accionante laboró en esa empresa hasta el 12 de marzo de 2023, también que hizo la solicitud de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad de ésta, pero la EPS accionada se ha negado a cancelarla, refiriendo por último que, ha radicado derechos de petición ante la EPS, pero los mismos no han tenido respuesta, por lo que solicita que se absuelva y se archive la acción en contra de la firma que representa y que el pago de la licencia se le ordene hacer a FAMISANAR EPS.

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

Luego de referirse a los antecedentes de la tutela, al marco normativo de la entidad, a los derechos fundamentales presuntamente vulnerados y al régimen del reconocimiento y pago de licencias de maternidad, señala que para el caso en concreto no es función de dicha entidad el pago de licencias de maternidad, por ende, no hay legitimación en la causa por pasiva. Por otra parte solicita que se estudie la procedencia de la acción de tutela, ello en primer lugar porque la tutela es improcedente para debatir pretensiones económicas, también el principio de inmediatez, esto es, si dejó transcurrir el tiempo que demuestre la ausencia de objeto, por el que se configure la necesidad de una protección inmediata. Referente al allanamiento de la mora de las EPS, sostiene que no existe prueba en la acción, que la EPS demandada no haya realizado alguna gestión para que se realizaran los pagos, a su vez que tampoco que haya ejercido las acciones legales de cobro por falta de pagos o que hubiesen sido extemporáneos.

Colofón de lo expuesto, solicita declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de esa entidad, que se niegue el amparo respecto de esa administradora y en consecuencia proceder a su desvinculación del trámite.

V. CONSIDERACIONES

1. De la competencia

Es competente este despacho judicial, para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia con fundamento en el artículo 86 de la C. P., en armonía con las normas contenidas en el decreto 2591 de 1991.

2. De la legitimación y procedencia de la acción de tutela

2.1. Legitimación por activa

Determina el artículo 86 de la Constitución Política, que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona a fin de reclamar la protección de sus derechos fundamentales. En esta ocasión la señora JACQUELINE SANCHEZ CHAPPARO, actuando en nombre propio solicita se amparen sus prerrogativas constitucionales al mínimo vital, seguridad social e igualdad.

2.2. Legitimación por pasiva

FAMISANAR EPS, es una entidad que presta el servicio público de salud, por lo tanto, de conformidad con el numeral 2 del art. 42 del decreto 2591 se encuentra legitimada como parte pasiva, al imputársele además responsabilidad en la presunta vulneración de derechos fundamentales que invoca la accionante, y ser la EPS a la cual ésta se encuentra afiliada.

3. Problemas Jurídicos

3.1 ¿Es procedente la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad sustentada en vulneración al derecho del mínimo vital?

3.2 ¿FAMISANAR EPS ha vulnerado los derechos fundamentales al mínimo vital de la accionante, por no reconocer y cancelar la licencia de maternidad expedida por su médico tratante?

4. Marco Jurisprudencial

4.1. De la acción de tutela

El artículo 86 de la Carta Política de Colombia, prevé que toda persona tendrá derecho a presentar acción de tutela, con el fin de reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados, por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o por quien preste servicios públicos.

En términos del artículo 86 constitucional, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares¹, vulnera o amenaza tales derechos constitucionales².

Este mecanismo privilegiado de protección, es, sin embargo, residual y subsidiario.³, en concordancia con el artículo 6to. del Decreto 2591 de 1991, sólo procede la acción de tutela cuando (I) el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, caso en el cual la acción de tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados, o (II) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados,⁴ o (III) cuando existiendo el medio idóneo alternativo de defensa judicial, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁵ a los derechos fundamentales.

4.2. Procedencia de la acción de tutela para exigir el pago de la licencia de maternidad y el derecho al mínimo vital.

Al respecto, en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente en Sentencias como la T-690 de 2009:

“3. La licencia de maternidad y su amparo constitucional. La procedencia excepcional de la tutela para obtener el pago de la licencia de maternidad cuando se afecta el derecho al mínimo vital. Reiteración de jurisprudencia:

Esta Corporación, en múltiples sentencias ha sostenido que el artículo 13 de la Constitución Política establece una especial protección respecto de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en

¹ En los términos que señala el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

² Corte Constitucional. SU-1070 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³ Ver entre otras las sentencias T-827 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-648 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1089 de 2005.M.P. Álvaro Tafur Gálvis; T-691 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-015 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ Lo que permite que la acción de tutela entre a proteger de manera directa los derechos presuntamente vulnerados.

⁵ Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias C-1225 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU-1070 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; SU-544 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-1670 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, y la T-225 de 1993 en la cual se sentaron las primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse la sentencia T-698 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y la sentencia T-827 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

circunstancias de debilidad manifiesta, como los niños, las personas de la tercera edad y las mujeres embarazadas. Específicamente, el artículo 43 ibídem, sentó la base superior de protección a las mujeres, sin discriminación alguna, durante el embarazo y después del parto, período en el que tendrán derecho a recibir un subsidio por parte del Estado si estuvieren desempleadas o desamparadas, o a recibir un descanso remunerado por mandato del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, sin importar si son trabajadoras dependientes o independientes.

La licencia de maternidad cumple una doble función, cual es, por un lado brindar un descanso remunerado a la madre para que se recupere del parto y, por el otro, ofrecerle al recién nacido la posibilidad de lograr toda la atención por parte de su madre durante los primeros meses de vida, pues la llegada del nuevo miembro demanda gastos, cuidados y atenciones especiales que solo aquella puede suministrarle.

Ese descanso va acompañado del pago de una suma de dinero que resulta importante para la madre que ha dado a luz, así como para el desarrollo del niño o de la niña, el cual debe ser cancelado por la EPS a la que se encuentra afiliada aquella, siempre que se cumplan con los requisitos legales para su pago, o por el empleador en caso contrario.

También ha establecido la Corte, especialmente en sentencias T-727 de 2007 y T-136 de 2008, que el reconocimiento y pago de la licencia maternidad no es, en principio, un derecho fundamental susceptible de ser protegido por medio de la acción de tutela. No obstante, cuando el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido se encuentran amenazados por el no pago de la prestación económica de maternidad, ésta deja de ser un derecho de carácter puramente legal sometido a la justicia laboral, y se erige como de índole fundamental prevalente, cuya protección procede mediante la acción de tutela.

A partir de la sentencia T-999 de 2003, esta Corporación ha establecido que para que sea viable la acción de tutela, el pago de la prestación económica de la licencia de maternidad debe ser planteado ante los jueces de tutela durante el año siguiente al nacimiento del menor.

De modo pues que, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la madre podrá reclamar a través de tutela el pago de la licencia de maternidad arbitrariamente negada, dentro del año siguiente cuando (i) cumple con los requisitos legales para acceder al derecho, y (ii) se vulnere su derecho al mínimo vital.

En tratándose de la primera exigencia, siguiendo los lineamientos establecidos en el artículo 63 del Decreto 806 de 1998, así como en el artículo 3º del Decreto 047 de 2000 y el mismo Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 236, se desprenden los siguientes requisitos que han sido sintetizados por esta Corporación de la siguiente manera:

- (i) Haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el período de gestación;*
- (ii) Haber cancelado en forma completa el aporte durante el año anterior a la fecha de la solicitud;*
- (iii) Haber cancelado en forma oportuna al menos cuatro aportes durante los seis meses anteriores al momento en el cual se causa el derecho y*
- (iv) No encontrarse en mora en dicho momento.*

Una vez se cumplan estos requisitos, es obligación de las EPS reconocer y hacer efectivo el pago de la licencia de maternidad o, en su defecto, corresponde

hacerlo al empleador. No obstante, la Sala resalta que esta Corporación ha dado un trato excepcional a los temas de allanamiento a la mora por parte de la EPS cuando el pago de cotizaciones ha sido extemporáneo, y la falta de coincidencia entre el período de gestación y el período cotizado, último caso que será objeto de estudio en líneas siguientes.

En cuanto a la segunda exigencia, la Corte ha precisado que, la afectación del mínimo vital de una madre gestante o lactante y de su hijo recién nacido por el no pago de la licencia de maternidad, se presume (i) cuando la madre devenga un salario mínimo legal mensual vigente o menos y, (ii) cuando el salario es su única fuente personal de ingreso “sin que sea posible afirmar que la protección al mínimo vital dependa de las circunstancias de su cónyuge, compañero permanente o núcleo familiar”. Sin embargo, esta Corporación ha considerado que la EPS o su empleador pueden desvirtuar la presunción de la afectación del mínimo vital, demostrando, por ejemplo, que la actora tiene ingresos muy superiores a aquellos que originan tal presunción o que tiene otras fuentes propias de ingresos suficientes para satisfacer sus necesidades”.

En lo que tiene que ver con los requisitos para el reconocimiento de la licencia de maternidad, específicamente *en cuanto al pago oportuno de las cotizaciones al sistema*, la H. Corte de antaño ha aplicado la figura del allanamiento a la mora, que consiste en la imposibilidad de que la E.P.S. niegue el reconocimiento económico de la licencia de maternidad, bajo el entendido de que ésta, implícitamente, ha aceptado los pagos de salud, cuando el empleador o la cotizante independiente los ha realizado de forma tardía, sin que la entidad rechace la cotización, o se haya abstenido de hacer requerimiento alguno. Sobre el particular en sentencia T- 708 de 2017, señaló:

“(…) Como se expresó en el punto anterior, la obligación de la trabajadora de cancelar de manera oportuna los aportes y cotizaciones ante la EPS respectiva a fin de garantizar su derecho a la salud, constituye una de las principales obligaciones a cargo de la cotizante, ya que pretende garantizar la protección de la madre y del recién nacido, incluyendo el parto y el pago de la licencia por maternidad.

En efecto, la jurisprudencia de esta corporación, atenta y conocedora de esta circunstancia, y ante el argumento de las entidades prestadoras de salud de estimar el pago tardío para rechazar el reconocimiento de la licencia por maternidad, ha desarrollado la figura del allanamiento a la mora, para darle paso al pago de la licencia de maternidad en garantía de los derechos de la madre y su hijo recién nacido.

Por ejemplo, en la Sentencia T-559/05 se expresó lo siguiente:

“Cabe puntualizar que esta consideración [el allanamiento a la mora] no solamente es aplicable en el caso de que sea el empleador quien realice las cotizaciones de forma tardía, sino también cuando estamos frente a un trabajador independiente, ya que se parte del mismo supuesto, concretamente, con esto se busca la protección efectiva de los derechos de la madre y del recién nacido durante sus primeras semanas de vida en desarrollo del mandato constitucional. Es importante señalar que, en el caso de madres que trabajan de manera independiente, el gravamen que impondría la ley si no se reconociera el allanamiento a la mora en el que incurren las E.P.S., podría ser mayor al que tienen aquellas que son laboralmente dependientes, ya que en el caso de éstas últimas, ante el no pago de la licencia por parte de la E.P.S. correspondiente, las madres tienen la posibilidad de cobrar el auxilio de maternidad a su empleador, cuando la negativa en el pago por parte de la entidad promotora de salud se debe a un incumplimiento en las obligaciones que tiene éste para con el sistema. En cambio, cuando estamos ante

un caso de una trabajadora independiente, frente a la imposibilidad para trabajar durante el tiempo de la licencia y la negativa de pago por parte de la E.P.S del auxilio por maternidad, la madre no tendría a quien acudir para que asumiera esa obligación, lo cual la dejaría desprotegida a ella y a su hijo recién nacido”.

Bajo este mismo argumento la sentencia T-543/06, influenciada por la T-636/04 concluyó:

“...Esta Corporación ha sostenido que, si la EPS acepta la mora, es decir, no alega al momento del pago del aporte aquella situación, ésta última no puede posteriormente argumentar tal razón para negar el reconocimiento del auxilio por maternidad, ya que en estos casos se aplica la figura del “Allanamiento a la mora”.

“Así pues, cuando tales cotizaciones y aportes se han realizado al sistema en forma ininterrumpida aunque por fuera del término establecido en las normas reglamentarias o de forma incompleta y la EPS no los rechaza ni hace el respectivo requerimiento, se configura el fenómeno del “Allanamiento a la mora”. En tal situación, la entidad promotora de salud no puede negarse a reconocer y pagar la licencia de maternidad con el citado argumento, pues esta figura sanciona la negligencia o inactividad de la entidad para cobrar cuanto le ha sido adeudado (aportes, cotizaciones o intereses de mora por pagos extemporáneos”.

En conclusión, aunque la trabajadora independiente haya cancelado de manera extemporánea las cotizaciones para salud, si la EPS acepta y recibe su pago en tales condiciones, quiere decir que se allanó a la mora respectiva, por lo que no puede tal entidad posteriormente negar el reconocimiento de la licencia por maternidad, ya que se presentaría una contradicción entre el dinero pagado y el deber de proteger la contingencia que lo requiera; es decir por el simple hecho de la aceptación de la cancelación del dinero se configura el allanamiento a la mora. Esta circunstancia genera la obligación de proteger la contingencia que requiera el afiliado al sistema de salud.

Esta sala reitera tal criterio, para efectos de solicitar el reconocimiento y pago de la licencia por maternidad, siempre y cuando se constate la violación de los derechos fundamentales a la protección especial en estado de Embarazo, a una vida digna, a la seguridad social y a la igualdad de la madre y del recién nacido. (...)”

En lo que tiene que ver con los requisitos para el reconocimiento de la licencia de maternidad y el periodo de cotización para que se torne procedente, la Corte Constitucional se ha pronunciado en Sentencia T-475 de 2009, de la siguiente manera:

“5. Requisitos legales para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Inaplicación del periodo mínimo de cotización como mecanismo de protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia.

5.3. Más recientemente, en la Sentencia T-1223 de 2008, la Sala Segunda de Revisión sentó las siguientes subreglas sobre la procedibilidad de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad cuando la madre no cotiza durante todo el periodo de gestación y el pago completo o proporcional de dicha prestación:

(i) El requisito legal que establece que la madre debe haber cotizado ininterrumpidamente al Sistema de Seguridad en Salud, no debe “tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, pues su verificación no [puede] realizarse de manera independiente a las circunstancias en que se encuentran los interesados, en razón de la especial protección que la Constitución establece para las mujeres en estado de embarazo y después del parto (...). Así, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple

completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, de acuerdo a sus condiciones, y existe una vulneración del mínimo vital, debe proceder a proteger los derechos fundamentales de la mujer y del recién nacido”.

(ii) El pago de la licencia de maternidad debe ser total o parcial, dependiendo del tiempo que se dejó de cotizar; de esta forma, “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”.

(iii) Con fundamento en el principio pro homine se debe aplicar “la interpretación más amplia de los dos meses, a partir de los cuales procede el pago proporcional, es decir, aquella que entiende que dos meses corresponden a 10 semanas”. (Subraya fuera del texto).

4.3. Principio de subsidiariedad de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia

El numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela no procederá “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Del concepto desarrollado por esta disposición, se entiende que la acción de tutela “fue diseñada como un mecanismo constitucional de carácter residual que procede ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales que permitan contrarrestar la inminente vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos”.

El alcance que la Corte Constitucional le ha dado al artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 establece condiciones bajo las cuales, aún frente a la existencia en el ordenamiento jurídico de otros mecanismos ordinarios idóneos, ante la inminente vulneración de un derecho fundamental, la acción de tutela resulta procedente.

Es así como, si bien por regla general las reclamaciones de acreencias laborales deben ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria, ha sostenido la Corte Constitucional en numerosos casos similares al presente, que la acción de tutela, de manera excepcional, resultará procedente para reconocer el pago de incapacidades médicas y/o licencias de maternidad. Esto, *en el entendiendo que al no contar el trabajador con otra fuente de ingresos para garantizar su sostenimiento y el de las personas que dependan de él, la negativa de una E.P.S de cancelar las mencionadas incapacidades puede redundar en una vulneración a los derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna, caso en el cual es imperativa la intervención del juez constitucional. Al respecto ha sostenido la jurisprudencia:*

“El reconocimiento y pago de una incapacidad asegura al trabajador un ingreso económico durante el periodo de su convalecencia, permitiéndole asumir su proceso de recuperación en los términos y condiciones médicamente diagnosticadas, particularmente por la especial protección a que tiene derecho en vista de su situación de debilidad manifiesta, además de garantizársele su derecho al mínimo vital, permitiendo la satisfacción de las necesidades básicas de él y su grupo familiar económicamente dependiente, mientras se reintegra a la actividad laboral.

Es por ello que, con el reconocimiento de éste tipo de prestaciones se pretende garantizar las condiciones mínimas de vida digna del trabajador y del grupo familiar

que de él depende, en especial cuando se deterioran sus condiciones de salud o de orden económico. De esta misma manera, este derecho encuentra un amplio desarrollo en instrumentos internacionales.

Así, ante circunstancias como las anteriores, en las que los derechos fundamentales se encuentran afectados por el no pago de una incapacidad laboral, el amparo constitucional es el mecanismo judicial apropiado para consolidar la protección de tales derechos”.⁶

En esa misma línea, también ha resaltado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que la acción de tutela no procede para el reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad y/o licencia de maternidad, ya que los mismos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de los procesos laborales ordinarios y las acciones jurisdiccionales ante la Superintendencia Nacional de Salud, salvo la existencia de perjuicio irremediable o se advierta que los mecanismos dispuestos por la ley no son idóneos y eficaces. En ese sentido, en Sentencia T-375 de 2018, dijo:

“El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que “permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”⁷. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos. Subrayado y negrilla por fuera del texto original.

En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto.

Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad⁸:

*(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como **mecanismo definitivo**; y,*

*(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.*

En cuanto a la primera hipótesis, que se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que ésta no puede determinarse en abstracto sino que, por el contrario, la aptitud para la efectiva protección del derecho debe evaluarse en el contexto concreto⁹. El análisis particular resulta necesario, pues en éste

⁶ Sentencia T-643/14

⁷ Sentencia T-603 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); Sentencia T-580 de 2006 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

⁸ Sentencia T-662 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁹ Sobre el particular, la Corte ha establecido que “el medio debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Además, debe ser un medio

podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados.

Ahora bien, en cuanto a la segunda hipótesis, cabe anotar que su propósito no es otro que el de conjurar o evitar una afectación inminente y grave a un derecho fundamental. De este modo, la protección que puede ordenarse en este evento es temporal, tal y como lo dispone el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, el cual indica: “[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

Así mismo, dicha excepción al requisito de subsidiariedad exige que se verifique: (i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto del daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo¹⁰.

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

De este modo, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos¹¹.

Así las cosas, esta Corporación ha señalado de manera general que, en virtud del principio de subsidiariedad, las acciones de tutela no proceden para el reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, ya que los mismos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de los procesos laborales ordinarios y las acciones jurisdiccionales ante la Superintendencia Nacional de Salud.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha reiterado que el conocimiento de ese tipo de solicitudes exige la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces escapan a la competencia del juez de tutela. De esta manera, es claro que la improcedencia es una regla general para reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades¹².

En resumen, la tutela es el medio idóneo para reclamar el pago de la licencia de maternidad, siempre y cuando se cumplan dos requisitos, siendo que el primero de ellos consiste en que se presente o se promueva el amparo constitucional **dentro del año siguiente al nacimiento**; y el segundo que ante el no pago de la licencia, se presume que se afectó el mínimo vital de la madre

eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho” (Sentencia T-040 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo).

¹⁰ Sentencias: T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), entre otras.

¹¹ Sentencias T-401 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); T-163 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); T-328 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-456 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-136 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), entre otras.

¹² Véanse, entre otras, sentencias T-968 de 2014. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-404 de 2010. (M.P. María Victoria Calle Correa).

e hijo, y por último, que la tutela tiene carácter subsidiario y solo será procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe demostrarse.

4.4. Del precedente de casos con similares supuestos fáctico al bajo estudio

Con miras a desatar el fondo de la solicitud de amparo constitucional que en ésta ocasión ocupa la atención del Despacho, resulta pertinente citar lo expuesto por la H. Corte Constitucional en la Sentencia T-503 de 2016, al ventilar varios casos de similares supuestos fácticos al presente, en los siguientes términos:

“(…) 10. Análisis de la procedencia de las acciones de tutelas

10.1. De manera previa a la resolución del problema jurídico planteado, encuentra la Sala que en el presente caso se acreditan los requisitos que permiten la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, por las siguientes razones:

10.2. Esta Sala de Revisión observa, en primer lugar, que las presentes acciones tuitivas cumple con el presupuesto de subsidiariedad, pues si bien existen otros medios de defensa, los mismos no resultan idóneos. La acción ordinaria ante el juez laboral, e incluso la demanda de nulidad ante el contencioso administrativo, o el trámite administrativo ante la Superintendencia de Salud, no pueden considerarse como medios eficaces para la protección que se solicita a través de la acción de tutela¹³, en la medida en que a la negación del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, se le aplica la presunción de vulneración al mínimo vital de la madre y de su niño.

10.3. Ahora bien, por lo que concierne al requisito de inmediatez, esta Sala estima que se cumple, toda vez que las solicitudes de reconocimiento y pago de las licencias de maternidad a través de las tutelas, se llevaron a cabo dentro del término señalado por la jurisprudencia, el cual, como se indicó en precedencia, debe ser inferior a un año.

Lo anterior, por cuanto, (i) para el caso de Fabiana Correa Arias, se observa que su niño, nació el 31 de enero de 2015, y la presentación de la acción de tutela fue radicada el 26 de octubre de 2015, y, (ii) para el caso de Bibiana Gómez Otálvaro, se observa que el parto de su niño, fue el 02 de mayo de 2015, y la presentación de la acción de tutela se dio el 20 de enero de 2016.

Es decir, en ambos casos, se interpuso el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento.

10.4. Así mismo, se halla probado en el expediente que las accionantes se encuentran afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, así:

(i) Fabiana Correa Arias a Golden Group S.A. E.P.S., desde el 12 de septiembre de 2011 y posteriormente fue trasladada desde el 01 de febrero de 2015 a la E.P.S. Salud Vida S.A.

(ii) Bibiana Gómez Otálvaro fue afiliada desde el 13 de octubre de 2005 a Salud Total EPS, luego, a Saludcoop E.P.S. y su última entidad prestadora de salud es

¹³ T-139 de 1999.

Cafesalud E.P.S., registra un ingreso base de cotización de \$644.350¹⁴, es decir, sus ingresos corresponden a un salario mínimo legal.

10.5. Luego, siguiendo las reglas establecidas por la jurisprudencia constitucional, en materia de licencia de maternidad, para no hacer dicha carga gravosa para las peticionarias, el solo hecho de afirmar que existe vulneración del mínimo vital, teniendo en cuenta que este remplazaría el salario como medio de subsistencia, es una presunción a la que debe aplicarse el principio de veracidad, en pro de la protección a los niños; e independiente, si el salario de la madre es mayor al salario mínimo y/o la madre es de escasos recursos, la presunción opera, bajo el entendido de que al no contar con el pago del salario ni tampoco con el reconocimiento de la licencia de maternidad se ha afectado la subsistencia tanto de las madres como de los recién nacidos, lo cual, como bien se señaló en las consideraciones, debe ser presumido por el juez de tutela, correspondiéndole a la entidad demandada desvirtuar tal presunción de afectación del derecho al mínimo vital y a la vida digna recayendo sobre ésta la carga de la prueba.

10.6. En el presente caso las entidades accionadas, no desvirtuaron la anterior presunción, luego, en virtud de los preceptos constitucionales, los tratados, convenios internacionales y la legislación interna, debe propenderse hacia la garantía de la efectividad de los derechos de las madres gestantes y de las niñas y niños en sujeción al fuero de maternidad que se orienta a la plena observancia de los principios constitucionales esenciales, reconociéndose a la maternidad como un derecho humano....(....)".

5. Del Caso en concreto

Descendiendo al caso bajo estudio, ha de indicarse que de los hechos expuestos y de las pruebas allegadas en la acción constitucional, se deriva que efectivamente a la accionante con ocasión del nacimiento de su hija, se le otorgó licencia de maternidad por 126 días a partir del 07 de noviembre de 2022, al 12 de marzo de 2023, y que para esa fecha estaba cotizando sus aportes a salud en FAMISANAR EPS, es decir, al momento que se originó la licencia tenía cobertura en salud por parte de la accionada.

Ahora bien, debe precisarse que pese a que la acción de tutela es un mecanismo residual y por ningún motivo puede reemplazar o ser utilizado cuando existan vías judiciales alternas, como lo puede ser la Jurisdicción ordinaria laboral o la creada ante la Superintendencia Nacional de Salud, lo cierto es que en el presente caso, la tutela resulta ser el medio idóneo para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de la accionante, pues la Corte Constitucional señaló que la acción de tutela es el mecanismo adecuado para solicitar el pago de la licencia de maternidad, siempre que i) que se interponga el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento, y que ii) ante la ausencia del pago de dicha prestación se presume la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo .

De manera que, ha de decirse que de los hechos expuestos y de las pruebas allegadas en la presente acción constitucional, se deriva que la accionante presentó

¹⁴ Folios 5 al 21 del cuaderno principal de la tutela rad. 5518263. IBC EPS, indicado en las planillas de cotización en salud de Bibiana Gómez Otálvaro.

la tutela el 16 de junio de 2023, esto es, dentro del año siguiente al evento generador de dicha incapacidad, el cual acaeció el 07 de noviembre del 2022, fecha en que dio a luz a su hija, por otro lado se encuentra demostrado el no pago por parte de la EPS accionada de la licencia de maternidad, ya que dicha EPS así lo sostuvo en el escrito mediante el cual se pronunció frente a este trámite constitucional, pues reconoce no haber efectuado o cancelado la licencia de maternidad a la actora; de manera tal que este Despacho, de conformidad con lo expuesto en reiteradas ocasiones por parte de la Corte Constitucional, encuentra que la presente acción constitucional, sí es procedente para reclamar el pago de la prestación otorgada a la accionante por parte de su médico tratante, no sólo porque la acción fue impetrada por ésta dentro del año siguiente al nacimiento de su hija, sino también porque el no pago de la licencia, está afectando su mínimo vital en la medida que constituye el único ingreso con que ésta cuenta para solventar sus gastos y los de su bebé, si en cuenta se tiene que tal como lo sostuvo su empleador, dejó de laborar en el mes de marzo del año que cursa, siendo así las cosas, a estas alturas el no pago de dicha prestación, se configura en un eminente menoscabo para la subsistencia de la señora SANCHEZ CHAPARRO y su menor hija.

Continuando con el derrotero propuesto, debe señalarse que la accionante JACQUELINE SANCHEZ CHAPARRO, manifestó que la licencia de maternidad a la que ha venido haciendo referencia, le fue negada por parte de FAMISANAR EPS, aduciendo que su empleador durante el período de gestación, realizó de forma extemporánea los aportes a cotización en salud, misma razón que fue esgrimida por FAMISANAR EPS en la contestación de la presente acción, cuando aseguró que NEW FRUVER S.A.S., quien es el empleador de la actora, ha cancelado los aportes por fuera de las fechas establecidas, pues debía pagarlos hasta el 7° del día hábil de cada mes. En este punto de análisis, es importante recordar, que de conformidad con el precedente jurisprudencial reseñado en el acápite que antecede, aun cuando el empleador y/o cotizante independiente haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, pero la EPS no lo haya requerido para que lo hiciera, ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que aquélla se allanó en la mora, y por tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad de la trabajadora.

Conforme a lo expuesto, ha de señalarse que revisado el diligenciamiento no hay evidencia alguna que demuestre que la EPS accionada, haya requerido al empleador de la accionante, esto es, a la sociedad NEW FRUVER, por ser ésta cotizante dependiente, para constituir la en mora por el pago tardío de los aportes en salud de su trabajadora JACQUELINE SANCHEZ CHAPARRO, y tampoco se probó que haya rechazado el pago de las cotizaciones, de manera que si existió una mora, la misma se purgó y no puede ser éste el fundamento para negar el reconocimiento y pago de la prestación pretendida mediante esta acción, ello pues se reitera, la demora en la cancelación se superó por el mismo actuar de FAMISANAR EPS, pues se allanó a la misma.

Continuando con el derrotero propuesto, se debe analizar el aspecto referente a cuál es el monto que se debe cancelar de la licencia de maternidad, ello partiendo como se expuso, que la acción se configura procedente y que se estructuró un allanamiento a la mora, al respecto ha de decirse que la Corte Constitucional ha señalado, que cuando no se ha cotizado durante el tiempo completo de la gestación,

se deben sumar el número de semanas cotizadas para determinar el monto de la licencia de maternidad, aduciendo que si se dejó de cotizar menos de dos meses del periodo de gestación, se cancela la prestación en forma completa y si es mayor el tiempo dejado de cotizar se cancela en forma proporcional.

En el caso concreto, debe advertirse que conforme a la historia clínica obrante en el diligenciamiento, el periodo de gestación de la actora fue 39.1 semanas, así mismo ha de manifestarse que el nacimiento que da origen a la licencia acaeció el 07 de noviembre del 2022, período dentro del cual cotizó 6 meses y 1 semana de manera continua a FAMISANAR EPS, es decir que le hicieron falta por cotizar más de 03 meses, conforme se desprende del certificado de aportes de aportes en línea, que obra en el archivo No. 009 del expediente digital que descargó el despacho, lo que significa que la tutelante tiene derecho al pago de forma proporcional de su licencia de maternidad, ello partiendo del hecho que conforme del escrito de contestación y del documento al que se hizo referencia, la actora, inició a cotizar desde mayo de 2022 y al acaecer el nacimiento del 07 de noviembre de 2022, se tiene que cotizó un total de 24 semanas y 7 días, de las 39.1 semanas de gestación, esto es, lo dejado de cotizar es alrededor de 14 semanas, es decir superior a dos meses, partiendo del principio pro homine, donde dos meses son 10 semanas, tal como lo ha manifestado la Corte Constitucional, en casos análogos, lo que conlleva a predicar que es procedente como se expuso, el pago de la licencia en forma proporcional y así se anunciará en la parte resolutive de esta providencia, ya que lo dejado de cotizar supera como se expuso los dos meses.

En virtud de lo anterior, no existe ningún argumento para que FAMISANAR EPS, no haya cancelado la licencia de maternidad de la actora JACQUELINE SANCHEZ CHAPARRO, por lo que se concederá el amparo solicitado y se le ordenará que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación del presente proveído, proceda a reconocer y pagar en forma proporcional al tiempo cotizado en el período de gestación la licencia de maternidad en favor de la pre nombrada actora.

Expuesto lo anterior, el Despacho tutelar el derecho fundamental al mínimo vital, ordenando además la desvinculación de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES y de NEW FRUVER S.A.S., por no existir vulneración alguna por parte de estas entidades, al ser FAMISANAR EPS la responsable del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICUATRO CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital de la señora **JACQUELINE SANCHEZ CHAPARRO** quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 1.095.807.242, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a **FAMISANAR EPS**, que si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la

notificación de este proveído, **RECONOZCA, LIQUIDE Y CANCELE** de forma proporcional a las semanas cotizadas, durante el período de gestación, al Sistema General de Seguridad Social en Salud, la licencia de maternidad otorgada a la señora **JACQUELINE SANCHEZ CHAPARRO** quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 1.095.807.242, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: **DESVINCULAR** de la presente actuación a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** y a **NEW FRUVER S.A.S.**, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: Notifíquese esta providencia en la forma prevista en los Arts. 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

QUINTO: Si no fuere impugnado el presente fallo, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el Art. 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

Firmado Por:
Julian Ernesto Campos Duarte
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Civil 024
Bucaramanga - Santander

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d002215cf210e112021f928bcb4ff94c11aab630ea666434f77f2ca99acec71d**

Documento generado en 04/07/2023 02:02:41 PM

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