



República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO VEINTICUATRO CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

SENTENCIA DE TUTELA

Bucaramanga, siete (07) 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

JENNIFER TATIANA GOMEZ, 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 SANITAS EPS, en calidad de cotizante dependiente.
- Señala que, el 29 de marzo de 2023, dio a luz a su hija, y en virtud de su parto se le expidió la incapacidad por licencia de maternidad por 126 días.
- Cuenta que hizo la reclamación para el pago de la licencia, pero telefónicamente le informaron que no se la iban a cancelar.
- Dice que SANITAS EPS, le negó el pago de su licencia, alegando que su empleador se encontraba en mora, pero a pesar de que los pagos ingresaron tarde, jamás realizó acciones de cobro y sí recibió el dinero de las cotizaciones mes a mes.
- Comenta que el no pago de la licencia de maternidad, le ha generado una afectación gravísima a su mínimo vital y al de su hija recién nacida, ya que el salario es su único sustento.

II. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Aduce la actora que la entidad accionada, se encuentra vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud y vida digna, por lo que solicita se ordene a SANITAS EPS, que le reconozca y pague los 126 días correspondientes a su licencia de maternidad.

III. ACTUACION PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida en providencia del 23 de junio del año en curso, en la cual se dispuso notificar a SANITAS EPS, y vincular a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, con el objeto de que se pronunciaran acerca de cada uno de los hechos referidos en el escrito constitucional. Igualmente se requirió a la accionante, para que en el término de un día, informara el nombre de su empleador o de la empresa a través de la cual hizo sus cotizaciones a salud, durante el tiempo de su gestación.

Posteriormente, luego de lo informado por la tutelante, el juzgado mediante auto del 27 de junio de los corrientes, ordenó vincular al presente trámite, a la sociedad A3 CONSTRUCCIONES COL S.A.S., en la medida que podría verse eventualmente afectada con la decisión que adopte el despacho, otorgándole el término de un día para que emitiera su pronunciamiento frente a la acción constitucional.

IV. CONTESTACION A LA TUTELA

- **SANITAS EPS**

Menciona que la actora se encuentra afiliada a esa entidad, en calidad de cotizante. Puntualiza que consultada el área de prestaciones económicas, la licencia de maternidad de la señora JENNIFER TATIANA GOMEZ, no fue autorizada para el reconocimiento y pago, por cuanto el pago del período de inicio de la licencia, no se realizó dentro de los términos establecidos, de conformidad con lo dispuesto por el decreto 1427 del 29 de julio del 2022, ello en la medida que su empleador efectuó el pago del mes de marzo de 2023, que fue el mes en el que dio inicio la licencia, sólo hasta el 16 de marzo, siendo que la fecha máxima de pago correspondía al 7 del mismo mes.

Sostiene que, la obligación de pago de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad, se encuentra en cabeza del empleador, quien debe pagarlas vía nómina, es decir, que es éste quien debe cancelarlas y luego realizar el cobro a las EPS, ello para garantizarle el mínimo vital al trabajador, y éste no tenga que soportar la carga administrativa de patinar la solicitud ante la EPS.

Solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela, toda vez que no ha amenazado ni vulnerado derecho fundamental alguno de la tutelante, además porque ésta cuenta con otro mecanismo de defensa ordinario, al cual puede acudir y pide que en caso de que se tutelen los derechos, se le ordene al ADRES a reintegrarle en su totalidad, los valores asumidos que la EPS le pague por concepto de licencia a la señora JENNIFER TATIANA GOMEZ NIÑO.

- **A3 CONSTRUCCIONES COL S.A.S.**

No emitió pronunciamiento alguno.

- **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 efectuaran 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 presente 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 JENNIFER TATIANA GOMEZ, actuando en nombre propio solicita se amparen sus prerrogativas constitucionales al mínimo vital, seguridad social, salud y vida digna, por lo que se encuentra legitimada.

2.2. Legitimación por pasiva

SANITAS 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 ¿SANITAS 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:

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 la 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.

“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 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 aquella 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,*

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).

(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 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 10º 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

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 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.

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 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.

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).

¹³ T-139 de 1999.

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 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 29 de marzo de 2023 al 01 de agosto de 2023 y que para esa fecha estaba cotizando sus aportes a salud en SANITAS 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 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

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.

fundamentales de la accionante, pues la Corte Constitucional señaló que la acción de amparo 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 la tutela el 23 de junio de 2023, esto es, dentro del año siguiente al evento generador de dicha incapacidad, el cual acaeció el 29 de marzo del 2023, 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 SANITAS 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 perseguida y otorgada a la señora JENNIFER TATIANA GOMEZ, 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 misma, está afectando su mínimo vital en la medida que tal como lo menciona en el libelo, su salario es el único sustento con que cuenta para solventar sus gastos y los de su bebé recién nacida, siendo así las cosas, a estas alturas el no pago de dicha prestación, se configura en un eminente menoscabo para la subsistencia de la accionante y su menor hija, en conclusión de lo expuesto, es claro que sí es procedente la presente acción para el fin incoado.

Continuando con el derrotero propuesto, debe señalarse que la accionante JENNIFER TATIANA GOMEZ, manifestó que la licencia de maternidad a la que ha venido refiriéndose, le fue negada por parte de SANITAS EPS, por cuanto ésta alega que su empleador se encontraba en mora, pero a pesar de que los pagos ingresaron tarde, jamás realizó acciones de cobro y sí recibió el dinero de las cotizaciones mes a mes, es decir, que la negación obedeció a que durante el período de gestación, su empleador realizó de forma extemporánea los aportes a cotización en salud.

De otro lado, la razón que fue esgrimida por SANITAS EPS en la contestación de la tutela fue otra, pues señala que esa entidad decidió negar el reconocimiento de la prestación económica, en cumplimiento del decreto 1427 del 29 de julio del 2022, toda vez que, el empleador de la accionante, hizo el pago del período de inicio de la licencia, por fuera de los términos establecidos, ya que la fecha máxima de cancelación correspondía al 7 del mes de marzo hogaño, que fue el mes en el que dio inicio la licencia, pero el pago lo realizó el 16 del mismo mes y año.

Pues bien, a fin de decidir la pretensión incoada, ha de decirse que el argumento expuesto por SANITAS EPS, no es de recibo por el despacho para negar el pago de la licencia otorgada a la actora, en primer lugar porque el hecho del pago de forma tardía de los aportes a salud del mes de marzo de 2023, por parte del empleador del accionante, no tiene por qué afectarle, pues es un trámite administrativo que en últimas efectuó el empleador y no ella, y en segundo lugar porque 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, más aún en este caso, cuando sólo alegó como tardío *el pago de la cotización a salud del mes de marzo de 2023, que fue el mes en que inicio la licencia de maternidad*, cancelación frente a la que vale advertir, SANITAS recibió sin reparo alguno, y tampoco probó requerimiento a la accionada para su cancelación, dicho en otras palabras, no lo rechazó, ni lo requirió para su pago, por consiguiente se allanó a la mora.

Ha de reiterarse sobre este mismo punto, que revisado el diligenciamiento no hay evidencia alguna que demuestre que la EPS tutelada, haya requerido al empleador de la accionante, esto es, a la sociedad A3 CONSTRUCCIONES COL S.A.S, por ser ésta cotizante dependiente, para constituirla en mora por el pago tardío del aporte en salud correspondiente al mes de marzo de 2023, de su trabajadora JENNIFER TATIANA GOMEZ, tan es así, que ni tan siquiera mencionó haberlo hecho, en el escrito a través del cual le dio respuesta a esta acción constitucional, de manera que si existió una mora frente a ese mes en particular, la misma se purgó y no puede ser éste el fundamento para negar el reconocimiento y pago de la prestación pretendida mediante esta tutela, ello pues se reitera, la demora en la cancelación de esa única cotización se superó por el mismo actuar de SANITAS EPS, pues se allanó a la misma.

Continuando con el derrotero propuesto, y partiendo que es procedente la presente acción y el allanamiento a la mora configurado, se debe analizar el aspecto referente a cuál es el monto que se debe cancelar de la licencia de maternidad, pues 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 período de gestación de la actora fue 40.2 semanas, lapso que cotizó la accionante en su integridad, esto es, que canceló las cotizaciones causadas durante todo su tiempo de gestación al sistema de seguridad social en salud, o dicho en otras palabras, no dejó de cotizar ni un solo día del período de gestación, conforme se desprende del certificado de reporte de períodos compensados, que obra en el archivo No. 010 del expediente digital, que descargó el despacho, lo que significa que la tutelante tiene derecho al pago de forma completa de su licencia de maternidad.

En virtud de lo anterior, no existe ningún argumento para que SANITAS EPS, no haya cancelado la licencia de maternidad de la actora JENNIFER TATIANA GOMEZ NIÑO, 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 completa, 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 la sociedad A3 CONSTRUCCIONES COL S.A.S, por no existir vulneración alguna por parte de estas entidades, al ser SANITAS 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 **JENNIFER TATIANA GOMEZ NIÑO**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 1.098.790.698, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a **SANITAS 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 completa** la licencia de maternidad otorgada a la señora **JENNIFER TATIANA GOMEZ NIÑO**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 1.098.790.698, 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 la sociedad **A3 CONSTRUCCIONES COL 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: **257f08a7add22826cce90716118edf3c978778e8aa060d9542b22d66925f74b5**

Documento generado en 07/07/2023 11:20:17 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>