



JUZGADO SEGUNDO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE
BUCARAMANGA

Bucaramanga, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2.023)

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO No. 680014105002-2023-00239-00

ACCIONANTE: LAURA DANIELA CADENA REYES identificada con C.C 1.098.818.101

ACCIONADO: FAMISANAR EPS

ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1. ASUNTO A DECIDIR

En desarrollo del Art. 86 de la Carta política y de conformidad con el procedimiento consagrado en el Decreto 2591 de 1991, procede el Despacho a resolver lo que en Derecho corresponda respecto a la **Acción de Tutela** instaurada por **LAURA DANIELA CADENA REYES** identificada con **C.C 1.098.818.101**, actuando en nombre propio, en contra de **FAMISANAR EPS**, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna.

2. HECHOS

Manifestó la accionante que dio a luz a su hijo, razón por la cual se encuentra incapacitada para laborar.

Indicó que acudió ante FAMISANAR EPS con el fin de se le reconociera el pago de su licencia de maternidad, sin embargo, la EPS negó el reconocimiento de su licencia de maternidad argumentando pagos tardíos en las cotizaciones.

Considera que la decisión de FAMISANAR EPS vulnera su derecho fundamental al mínimo vital y el de su menor hijo, razón por la cual acude a la acción de tutela para que se proteja el mismo y en consecuencia, se ordene a la accionada el pago de licencia de maternidad.

3. PETICIONES

Tutelar los derechos fundamentales invocados por la parte accionante y ordenar a **FAMISANAR EPS** reconocer y pagar a favor de **LAURA DANIELA CADENA REYES** la licencia de maternidad ordenada por el médico tratante.

4. ACTUACION JUDICIAL

Mediante Providencia de fecha 18 de julio de 2023 fue admitida la presente acción en contra de **FAMISANAR EPS** ordenándose, correr traslado a la entidad accionada por el término de dos (2) días contados a partir del recibo de la respectiva comunicación a fin de que se pronunciara respecto de los hechos que dieron origen a la presente acción.

Contestación de la accionada.

FAMISANAR EPS, procedió a dar contestación oportuna al requerimiento y en su lugar manifestó que la licencia de maternidad fue negada pues durante el periodo de gestación se presentaron pagos extemporáneos a salud; informó que la accionante tiene como fecha máxima de pago el 2° día hábil de cada mes y allegó una relación de las cotizaciones realizadas por la señora **LAURA DANIELA CADENA REYES**.

5. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

COMPETENCIA

Conforme se consignó en el auto admisorio de la demanda, este Despacho es competente para tramitar la acción de tutela de la referencia y proferir la sentencia que en derecho corresponda, con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, el Decreto 1983 de 2017 y el Decreto 333 de 2021.

DE LA LEGITIMACIÓN EN LA ACCIÓN DE TUTELA

Uno de los requisitos para analizar de fondo la procedibilidad de la acción de Tutela corresponde a la legitimación tanto por la parte accionante para interponer la acción que es equivalente a la legitimación por activa, la legitimación de la parte accionada para asumir el conocimiento de la situación que se suscita por la parte actora o legitimación por pasiva, como la legitimación del juez para conocer de las presentes diligencias.

De la legitimación del Juez de Tutela para asumir el conocimiento de las diligencias.

La acción de tutela se estableció en el artículo 86 de la actual Constitución Política de 1991, como el medio más expedito y rápido para hacer cesar las acciones u omisiones que vulneran o amenazan un derecho fundamental; pero, se presenta como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, es decir, sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares.

En este evento la queja va dirigida contra **FAMISANAR EPS** y frente al artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 y Artículo 1 Decreto 1983 de 2017, se advierte claramente que es procedente esta acción contra esta entidad, siendo este Despacho competente para resolverla.

De la legitimación por activa.

En el presente caso concurre **LAURA DANIELA CADENA REYES**, actuando en causa propia, para solicitar la defensa de su derecho fundamental al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. Sobre el tema, la jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diferentes oportunidades, concluyendo que la legitimación en la causa por activa es un presupuesto esencial de la procedencia de la acción de tutela dentro de un caso concreto, puesto que al juez le corresponde verificar de manera precisa quién es el titular del derecho fundamental que está siendo vulnerado y cuál es el medio a través de cual acude al amparo constitucional.

De acuerdo a lo anterior, se deja en evidencia que **LAURA DANIELA CADENA REYES**, se encuentra legitimada para actuar dentro de la presente tutela, pues es la directamente afectada con la negativa al pago de su licencia de maternidad.

De la legitimación por pasiva.

La parte pasiva en el presente trámite se encuentra conformada por **FAMISANAR EPS** en calidad de prestadora de los servicios de salud de la accionante, y por tanto encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones económicas que se causen a su favor, por lo cual se encuentra facultada para emitir un pronunciamiento de fondo al respecto.

DE LA NATURALEZA SUBSIDIARIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 86 del Decreto 2591 de 1991 indica la naturaleza subsidiaria de la acción de Tutela, la cual procede por regla general solo cuando se han agotado los medios legales pertinentes.

Ahora bien, de conformidad con lo señalado en Sentencia C-132 de 2018, con Magistrado Ponente: Dr. ALBERTO ROJAS RIOS:

“El inciso tercero de este artículo consagra el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se trata de una condición de procedibilidad del mecanismo concebido para la adecuada y eficaz protección de los derechos fundamentales. En desarrollo del artículo 86 superior, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991, establece que la acción de tutela será improcedente cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

(...)

La Corte ha reiterado, entonces, que la acción de tutela procede cuando se han agotado los mecanismos de defensa judicial ordinarios; sin embargo, existen situaciones en las que puede demostrarse la ocurrencia o amenaza de un perjuicio irremediable, razón por la que resulta urgente la protección inmediata e impostergable por parte de las autoridades correspondientes para evitar la afectación de un bien jurídicamente protegido. Sobre esta materia recientemente la Corporación ha expresado:

“En este sentido, la Corte ha determinado que la acción de tutela no procede como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, evento en el que el juez de tutela únicamente podrá suspender la aplicación del acto administrativo mientras se surte el respectivo proceso ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículos 7 y 8 del Decreto 2591 de 1991).¹

De conformidad con lo anterior, se tiene que en este último evento, la persona que solicita el amparo deberá demostrar de forma suficiente la necesidad de la medida para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, cuyos elementos han sido fijados por la jurisprudencia constitucional de la siguiente manera: (i) que se esté ante un perjuicio inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona; (iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las

circunstancias particulares del caso; y (iv) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.”²

4.10. Como se observa, desde sus inicios hasta la actualidad la Corte Constitucional ha enseñado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, según sus pronunciamientos a pesar de la existencia de otros mecanismos judiciales llamados ordinarios es posible acudir al medio excepcional previsto en el artículo 86 superior, como ocurre cuando se trata de actos administrativos bien sean éstos subjetivos o de carácter impersonal, siempre y cuando los instrumentos judiciales comunes u ordinarios no cumplan con los criterios de eficacia e idoneidad requeridos para la adecuada protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.”

Así las cosas, es de aclarar en primer lugar que la acción de tutela no sustituye un trámite ordinario, su única función es procurar la protección de derechos fundamentales, por tanto, el Juez de tutela no es el llamado para dirimir de fondo un conflicto suscitado entre dos o más partes, sino velar que no se afecte los derechos del accionante.

Por lo tanto, se justifica en este caso que la parte accionante hubiere acudido de forma primigenia a la acción de tutela previo al agotamiento de otras vías disponibles para la obtención de los resultados que espera con este trámite, teniendo en cuenta la posible afectación principalmente al derecho fundamental al MINIMO VITAL, dado que al tratarse de una trabajadora independiente la prestación económica de licencia de maternidad sustituye el salario de la madre, quien durante un periodo posterior al parto por razones de salud y por tener a su cargo el cuidado del recién nacido, se encuentra impedida para laborar por un tiempo, y necesita cubrir sus gastos y los de su núcleo familiar.

DE LA INMEDIATEZ EN LA ACCIÓN DE TUTELA

La regla general establecida en el artículo 86 de la Constitución y en el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela puede ser propuesta *“en todo momento y lugar”*. No obstante, la Corte Constitucional ha establecido que la solicitud de amparo debe ser propuesta dentro de un plazo razonable posterior a la violación de los derechos fundamentales, como se dispuso en la Sentencia SU-961 de 1999 al señalar que *“La tutela debe interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser procedente en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros”¹*.

De conformidad con los hechos y las pruebas aportadas por la accionante, los mismos han tenido ocasión desde el 14 de marzo de 2023, fecha en la cual se concedió la licencia de maternidad a favor de la accionante estando pendiente su pago. Considerado lo anterior se concluye que la acción fue presentada dentro de un término razonable.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

La procedencia de la acción de tutela para demandar el reconocimiento y el pago de la licencia de maternidad ha sido analizada en reiteradas ocasiones por esta Corporación. Así, en sentencia T-947 de 2005³, reiterando la jurisprudencia de la Corte, se indicó:

“En diferentes oportunidades, la Corte Constitucional⁴ ha sostenido que existe una protección doblemente reforzada en relación con los derechos de la madre y su hijo, quienes forman una unidad cuando se trata de acceder a los derechos constitucionales de los cuales son titulares.

Asimismo, a través de la jurisprudencia, este Tribunal ha desarrollado algunas directrices sobre la procedibilidad de la acción de tutela en casos en los cuales se reclama ante el juez constitucional el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. De acuerdo con lo anterior, los temas a los que se ha referido la jurisprudencia son⁵: (i) la garantía del derecho al mínimo vital a través de la licencia de maternidad, (ii) la responsabilidad de las E.P.S o del empleador en relación con el pago de la licencia de maternidad y (iii) el período durante el cual una mujer puede invocar o solicitar ante el juez constitucional el reconocimiento de la licencia de maternidad.

De esta forma, la sentencia T- 549 de 2005⁶ reiteró como requisitos de procedibilidad de la acción de tutela los siguientes:

- a. *“Cuando la satisfacción del mínimo vital de la madre y del recién nacido dependen del pago de la licencia de maternidad, el reconocimiento de este derecho deja de plantear un tema exclusivamente legal, sometido a la justicia laboral, y se torna constitucionalmente relevante. En estos supuestos excepcionales, el pago de la licencia de maternidad puede ser ordenado por el juez de tutela. (Sentencias T-568/96, T-270/97, T-567/97, T-662/97, T-104/99, T-139/99, T-210/99, T-365/99, T-458/99, T-258/00, T-467/00, T-1168/00, T-736/01, T-1002/01 y T-707/02).*
- b. *La entidad obligada a realizar el pago es la empresa promotora de servicios de salud, con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al*

sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica. (Sentencias T-258/00 y T-390/01). (subrayas fuera del original).

- c. *Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos fueron aceptados en esas condiciones por la entidad promotora del servicio de salud, hay allanamiento a la mora y por tanto aquella no puede negar el pago de la licencia (Sentencias T-458/99, T-765/00, T-906/00, T-950/00, T-1472/00, T-1600/00, T-473/01, T-513/01, T-694/01, T-736/01, T-1224/01, T-211/02, T-707/02 y T-996/02).” (Subrayas fuera del original).”*

ALCANCE E INTERPRETACIÓN DE LOS REQUISITOS LEGALES PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD; EL CASO DEL ALLANAMIENTO A LA MORA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que en razón al carácter y función de la licencia de maternidad, como prestación que busca brindar protección a las madres y a sus hijos recién nacidos, los requisitos legales no pueden ser entendidos como férreas barreras que impidan el acceso de las mujeres a esta prestación, pues de lo contrario se vulnerarían sus derechos y los de sus hijos.⁷ En este sentido, esta Corporación ha precisado que aún en los casos en que exista falta parcial o extemporaneidad de los aportes al sistema de seguridad social, bajo determinadas condiciones, las EPS están obligadas a efectuar el reconocimiento y pago de dicha licencia.⁸

En múltiples ocasiones,⁹ esta Corporación ha señalado que en aplicación de la figura jurídica del *allanamiento a la mora*, en los casos en que la Empresa Promotora de Salud, a pesar de la falta parcial o extemporaneidad de las cotizaciones efectuadas por el empleador o la trabajadora, no haya requerido de manera expresa el pago respectivo o no haya manifestado su rechazo, deberá reconocer y pagar la prestación económica reclamada a favor de su beneficiaria.¹⁰ Ello por cuanto, la actitud omisiva por parte de la entidad en este sentido “[n]o puede ser alegada a su favor frente a la parte más débil de la relación, la madre y su hijo, que por demás, sí ha participado en el sistema amparada en la buena fe y en el cumplimiento oportuno de sus obligaciones.”¹¹

En este sentido, en sentencia T-559 de 2005,¹² esta Corporación afirmó:

“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.”

En conclusión, en aplicación de la figura jurídica del allanamiento a la mora, las EPS no podrán abstenerse de reconocer y pagar la licencia de maternidad a las trabajadoras dependientes, así como a las trabajadoras independientes, en los casos en que frente a la cancelación extemporánea de los aportes al sistema de seguridad social en salud han aceptado el pago.

6. CASO CONCRETO

Dio inicio la señora **LAURA DANIELA CADENA REYES** a la acción de Tutela en contra de FAMISANAR EPS, entidad a la cual se encuentra afiliada, con intención de obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad ordenada por su médico tratante, tras el nacimiento de su menor hijo, el cual tuvo lugar el día 14 de marzo de 2023.

FAMISANAR EPS por su parte, describió traslado a la presente acción, manifestando que la licencia de maternidad fue negada ya que durante el periodo de gestación se presentaron pagos extemporáneos a salud, así mismo, informó que la accionante tiene como fecha máxima de pago el 2° día hábil de cada mes y allegó una relación de las cotizaciones realizadas por la señora **LAURA DANIELA CADENA REYES**.

Ahora bien, corresponde a este Despacho determinar si ¿FAMISANAR EPS está vulnerando el derecho fundamental al mínimo vital de la accionante, toda vez que no ha pagado la licencia de maternidad que le fue concedida desde el 14 de marzo de 2023, fecha en la que tuvo lugar el parto?

siendo así, una vez analizado en detalle el expediente, considera este Despacho que no le asiste razón a FAMISANAR EPS al negar el reconocimiento de la licencia de maternidad a la accionante, toda vez que, del material probatorio allegado al expediente, se logró evidenciar que la tutelante realizó los aportes al SGSSS durante todo su periodo de gestación en forma continua. Además, encuentra el Despacho que a pesar de que varios de estos aportes se cancelaron por fuera de la fecha límite de pago, estos fueron recibidos por parte de FAMISANAR EPS, sin reparo alguno, y en razón a esto, se constituyó un allanamiento a la mora, pues

se concluye que para que una EPS este excluida de pagar la incapacidad laboral, o como en este caso la licencia de maternidad, debió haber realizado alguno de los siguientes dos trámites: **(i)**Haber requerido a la persona que incumplió para que realice el pago de sus obligaciones legales; **(ii)**Haber rechazado el pago por extemporáneo, trámites que no realizó, pues no se advirtió dentro de la respuesta del traslado del escrito de tutela, que la accionada hubiere rechazado los pagos o le hubiere notificado a la accionante lo acontecido.

La situación de la accionante se encuadra entonces dentro de los presupuestos trazados por la H. Corte Constitucional en su jurisprudencia, porque además de encontrarse afiliada al sistema de seguridad social en salud con anticipación a la fecha en la que empezó a disfrutar de la licencia, realizó el pago de sus aportes durante todo el periodo de gestación. Además, no se pudo comprobar de las pruebas allegadas que FAMISANAR EPS, hubiera notificado por correo electrónico o algún otro medio a la accionante, del requerimiento de que trata la norma, además de esto, tampoco se rechazaron los pagos extemporáneos al SGSSS, y es por esto que, se prevé que la EPS se allanó a la mora presentada por la usuaria.

Así las cosas, al constatarse que la accionada recibió los aportes en salud efectuados por la accionante sin reparo alguno y que persiste la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital de la misma, se tutelarán los derechos conculcados y se ordenará a la accionada **FAMISANAR EPS** que proceda dentro de los dos (02) días siguientes al recibido de la comunicación de este proveído, a realizar el pago de la licencia de maternidad a que tiene derecho la señora **LAURA DANIELA CADENA REYES** identificada con C.C 1.098.818.101, por 126 días.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO LABORAL DE PEQUEÑAS CAUSAS DE BUCARAMANGA**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. - TUTELAR los derechos fundamentales al MINIMO VITAL y SEGURIDAD SOCIAL de la señora **LAURA DANIELA CADENA REYES** identificada con C.C 1.098.818.101

SEGUNDO. - ORDENAR a **FAMISANAR EPS** que proceda dentro de los dos (02) días siguientes al recibido de la comunicación de este proveído, a realizar el pago de la licencia de maternidad a que tiene derecho la señora **LAURA DANIELA CADENA REYES** identificada con C.C 1.098.818.101, por 126 días.

TERCERO. - NOTIFICAR esta providencia a la Accionante en forma personal si se presentare el día de hoy al Juzgado y en su defecto a más tardar el día siguiente

mediante oficio; y a los entes accionados, a más tardar al día siguiente mediante oficio, y si no es impugnada envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

El Juez,

CRISTIAN ALEXANDER GARZÓN DÍAZ

Firmado Por:
Cristian Alexander Garzon Diaz
Juez
Juzgado Pequeñas Causas
Laborales 02
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: **73ba9e7b8d36a9b897e6898020f211c32aeb37a222b62a4db70307d2b9a42be0**

Documento generado en 31/07/2023 04:00:51 PM

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