

JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL

Soacha, Cund., trece (13) de junio del año dos mil veintitrés (2023)

Proceso	Acción de Tutela
Exped. No.	257544003002-2023-00405
Accionante	Sofía Alejandra Varón Sierra.
Accionado	E.P.S. Famisanar.
Asunto	Fallo En Primera Instancia

La señora **SOFÍA ALEJANDRA VARÓN SIERRA** coadyuvó la petición elevada por su empleadora **EJECUTIVO S.A.S.** mediante el cual incoaron el trámite constitucional de la referencia invocando la protección a sus derechos fundamentales al mínimo vital y salud en conexidad con la seguridad social de la señora Sofía Alejandra Varón Sierra y de menor hija recién nacida, señalados en la Constitución Política de Colombia.

Hechos.

La parte accionante, señaló que la señora **SOFÍA ALEJANDRA VARÓN SIERRA** se encuentra afiliada a la EPS accionada desde el año 2013; y que sostuvo una relación laboral desde marzo de 2022 hasta abril de 2023.

Agregaron, que el 10 de agosto de 2022, se le otorgó a la señora **SOFÍA ALEJANDRA VARÓN SIERRA** una licencia de maternidad por el equivalente a 126 días comprendidos entre el 18 de agosto al 14 de diciembre de 2022.

Aseguraron, que mediante correo electrónico la EPS accionada indicó que no pagaría la [licencia de maternidad], ya que el decreto 1670 de 2007, indica que los aportes no han sido cancelado a la fecha legalmente establecida; y que, en su caso, los meses los mese anterior se había cancelado de manera oportuna y a tiempo para el mes de agosto de 2022; y que, se tuvo unos días de atraso en el pago; y que, a pesar que el mes de incapacidad se canceló fuera del día máximo de pago, se liquidó y pago intereses de mora, sin la EPS hubiese informado por escrito su negativa de recibir el pago tardío del aporte de salud, y tampoco rechazó el pago de los intereses de mora que se liquidaron y cancelaron; y menos ha suspendido el servicio medido; aceptando entonces los pagos morosos con sus intereses.



Preciso, que el no pago de los días de la licencia de maternidad, ha generado una afectación al mínimo vital de la madre y su hija recién nacida.

1.3. Actuación procesal

La acción fue instaurada **el 29 de mayo de 2023** y fue admitida el día siguiente, en el que se ordenó la notificación a las partes accionante y accionada, además de requerirse a la primera de estas, en el sentido de que allegara el certificado de existencia y representación de la entidad que representa, advirtiéndose que si bien la accionante no dio cumplimiento con lo mismo, se procedió por parte del despacho judicial a consultar el Registro Único Empresarial y se evidenció que la señora **LADY JOHANA CUBIDES TINJACA** ostenta la calidad de representante legal de la entidad **ÁNALISIS EJECUTIVO**.

LA E.P.S. FAMISANAR

Solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela por falta de legitimación por activa, por cuanto no obra documento que acredite la representación legal de la empleadora, así como tampoco el vínculo laboral entre estas.

A su vez señaló que es a la entidad **ÁNALISIS EJECUTIVO** a quien le correspondía realizar el pago de la licencia de maternidad, al momento en que realizó la liquidación del contrato, figurando esta empresa como la última empleadora de **SOFÍA ALEJANDRA BARÓN SIERRA**.

Que actualmente la señora **BARÓN SIERRA** se encuentra afiliada a esta E.P.S. en el régimen subsidiado y que la solicitud se encuentra en estado radicado sin que cuente con la negación a la fecha.

Refirió que de conformidad con el Decreto 1427 de 2022, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando el pago de la totalidad de las cotizaciones correspondientes al periodo de gestación se haya realizado máximo en la fecha límite de pago de la cotización en el que inicia la licencia junto con sus intereses de mora, cuando haya lugar.

Que le corresponde al empleador realizar el reconocimiento y pago de la incapacidad a su empleado en los mismos periodos de pagos de salarios y



posteriormente tramitar ante la E.P.S. correspondiente la misma, situación que no ha acontecido por lo que no existe ninguna incapacidad de pago.

Finalmente, indicó que la vulneración de los derechos fundamentales no fue materializada por **FAMISANAR E.P.S.** sino por su empleador que es a quien le compete haber realizado los aportes en forma tardía.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, con el fin de que en su caso, y consideradas las circunstancias específicas, y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Dicho instrumento jurídico pretende brindar a las personas la posibilidad de acudir a la justicia de manera informal, buscando la protección en forma inmediata y directa, a través de un procedimiento preferente y sumario, de los derechos constitucionales fundamentales que considere vulnerados, en todos aquellos eventos en los que el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial, o de los recursos que de ellos se derivan. Así, entonces, esta acción no busca remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni es una instancia adicional a las ya existentes, pues su propósito específico es el de otorgar a la persona una protección efectiva y actual pero supletoria de sus derechos constitucionales fundamentales.

En reiterada jurisprudencia, la H. Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario y residual, en la medida en que está concebida como un mecanismo judicial previsto ante la inexistencia de mecanismos procesales para el amparo integral objeto de protección,



considerando su procedencia cuando está acreditada la amenaza o violación de los derechos fundamentales.

Por tanto, se establece un sistema complementario de garantía de aquellos derechos que, con determinadas características de sumariedad, preferencia y efectividad, impida en dicho ámbito la ausencia de su protección judicial, pues el constituyente quiso superar con sus previsiones, determinadas deficiencias de la organización del sistema judicial que, entre otras causas, por su carácter legislado, no garantizaba la plena, efectiva e integral protección de los derechos constitucionales fundamentales.

Tampoco cabe, cuando al alcance de la parte accionante existe un medio judicial ordinario apto para la protección de sus derechos, salvo en casos de extrema gravedad y urgencia, lo cual ocurre cuando se niega el pago del salario al trabajador de manera arbitraria e injustificada, o se debe proteger el mínimo vital del afectado.

Es por lo anterior, que la Corte Constitucional ha avalado su procedibilidad en aquellos eventos en los cuales se encuentren en riesgo derechos fundamentales de aquellas personas que han sido catalogadas como sujetos de especial protección (madre e hijo), puesto que la jurisdicción ordinaria no cuenta con el medio procesal idóneo que garantice el reconocimiento inmediato de los derechos del recién nacido.

Al respecto, ha establecido la H. Corte Constitucional en Sentencia T-646 de 2012, que:

“Inicialmente, el pago de esta licencia se tenía como un derecho prestacional que no resultaría susceptible de protección por vía de tutela, por lo cual debía ser solicitado a través de la jurisdicción laboral, como mecanismo judicial idóneo. Sin embargo, de conformidad con la Constitución y las normas internacionales, esta corporación en múltiples pronunciamientos ha reafirmado la necesidad de proteger a la mujer gestante, dando así cumplimiento a la referida preceptiva constitucional, en relación inescindible con otras garantías superiores de madre e hijo, a favor de cuyos derechos fundamentales procede la tutela, dependiendo de esa prestación como parte de su mínimo vital y su vida digna, por lo cual el cubrimiento deja de ser un tema exclusivamente legal y exhibe su relevancia constitucional.

Por otra parte, el cuidado de la maternidad no está limitado al período de gestación y al nacimiento, sino que se proyecta en un lapso más extenso, que es igualmente objeto de protección, resultando claro el tratamiento especial que jurisprudencialmente se ha consolidado, siendo claro que el pago de la licencia de maternidad tiene por objeto brindar a la madre un receso



remunerado, para que se recupere del parto y le dedique al recién llegado el cuidado y la atención requerida...".

Y con Sentencia T-278 de 2018, que:

"Esta Corporación ha reconocido a la acción de tutela como el medio idóneo de defensa para reclamar el pago de una prestación económica como la licencia por maternidad, si se verifican o se tienen en cuenta dos aspectos relevantes: primero, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento y segundo, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo. Así mismo la Corte ha establecido que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna".

En efecto, el Alto Tribunal Constitucional reiteró en Sentencia T-278 de 2018 la naturaleza de la licencia de maternidad, como:

"una medida de protección a favor de la madre del menor recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido.

En esa medida, esta prestación cubre no sólo a personas vinculadas mediante contrato de trabajo sino a todas aquellas madres trabajadoras (dependientes e independientes) que, con motivo del nacimiento, interrumpen sus actividades productivas y cesan en la percepción de los recursos con los que habitualmente atendían sus necesidades vitales, siempre que cumplan con los requisitos establecidos legalmente para su reconocimiento".

Sobre **la procedencia de la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable**, en Sentencia T-040 de 2018 se establecen dos requisitos de orden constitucional, así:

"En aquellos asuntos en que existan otros medios de defensa judicial, la jurisprudencia de este Tribunal ha determinado que caben dos excepciones que justifican su procedibilidad, siempre y cuando también se verifique la inmediatez:

A pesar de existir otro medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede, en principio, como mecanismo transitorio. No obstante, la Corte ha reconocido que en ciertos casos, si el peticionario está en situación de debilidad manifiesta, el juez constitucional puede realizar el examen de la transitoriedad de la medida, en atención a las especificidades del caso, en particular a la posibilidad de exigir al accionante que acuda después a los medios y recursos judiciales ordinarios y concluir que resulta desproporcionado imponerle la carga de acudir al mecanismo judicial principal.



(i) Si bien existe otro medio de defensa judicial, éste no es idóneo o eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual las órdenes impartidas en el fallo de tutela tendrán carácter definitivo”.

Continuando con el caso en estudio, se ha reiterado por la Honorable Corte Constitucional en sentencia T 523 de 2019 respecto de la mora en los aportes a las Entidades Promotoras de Seguridad Social, lo siguiente:

“Esta Corporación¹ ha indicado que existen eventos en los cuales la entidad promotora de salud se encuentra en la obligación de pagar prestaciones económicas, como incapacidades y la licencia de maternidad, a aquellos afiliados que se encuentran en mora en los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

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

“ACCIONES DE COBRO. *Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.*

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

“Efectos de la mora en las cotizaciones de trabajadores dependientes. *El no pago por dos períodos consecutivos de las cotizaciones a cargo del empleador, siempre y cuando la EPS no se hubiera allanado a la mora, producirá la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud contenidos en el plan de beneficios por parte de la EPS.*

(...) Durante los periodos de suspensión por mora no habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones económicas por incapacidad, licencias de maternidad y paternidad por parte del Sistema o de la EPS y su pago estará a cargo del empleador, salvo que haya mediado un acuerdo de pago.

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

El artículo precitado deja claro que, frente a la suspensión de la afiliación por mora en el pago de los aportes por parte del empleador, la E.P.S. no reconocerá ninguna prestación económica derivada de una incapacidad o licencia de

¹ Sentencias T-335 de 2009, T-018 de 2010, T-115 de 2010, T- 786 de 2010, T-064 de 2012, T-263 de 2012, T- 862 de 2013 y T-724 de 2014, entre otras.



maternidad, salvo que no haya efectuado las acciones que tiene a favor para el cobro de las mesadas adeudadas por los empleadores, pues de no realizarlo tendrá a cargo dichos rubros.

Así, asentir que las E.P.S. no reconozcan y paguen las incapacidades o la licencia de maternidad, pese a tener a su disposición mecanismos para el cobro de los aportes en mora por parte de los empleadores, sería aceptar que esta se favorezca de su propia negligencia, desconociendo los principios de buena fe y confianza legítima del afiliado².

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

Por consiguiente, se concluye que, las entidades promotoras de salud que no hayan iniciado las acciones de cobro pertinentes a los empleadores morosos, no pueden negar el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, como lo son las incapacidades originadas de enfermedades comunes o la licencia de maternidad, bajo el argumento de que el afiliado –cotizante– se encuentra en mora en los aportes a salud, toda vez que esta (la EPS) contó con los mecanismos para efectuar el cobro coactivo.

2. Problema jurídico, procedibilidad de la acción de tutela, y Caso Concreto

De entrada se concluye la procedencia de la presente acción de tutela, en tanto cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para resolver de conformidad, esto es, la falta de pago de incapacidad por licencia de maternidad como cotizante al Sistema de Seguridad Social en Salud por parte de la accionante, y se presume la afectación a su mínimo vital y de su hija recién nacida, toda vez que la señora **SOFÍA ALEJANDRA VARÓN SIERRA**, manifestó en su escrito de tutela que, la accionada no ha cumplido con el pago de la licencia de maternidad, lo que vulnera la referida garantía.

² Sentencia T-529 de 2017.



Seguidamente, se advierte la procedencia de la presente acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable de la accionante y de su menor hija recién nacida, pues como bien quedó establecido por la Alta Corte Constitucional, el pago de las licencias sustituye, en principio la asignación básica de los afiliados al Sistema de Salud, convirtiéndose en esta, la remuneración que durante esta etapa se percibe.

Igualmente y de conformidad con la manifestación realizada por el accionado, se tiene que el motivo por el cual el pago de la licencia de maternidad fue la supuesta mora en que se incurrió por parte del empleador en los aportes de su trabajador, no obstante y conforme quedó establecido por la Corte Constitucional al no existir documento con lo que se demuestre el requerimiento por mora efectuado por la Entidad Promotora de Salud a su afiliado, se debe entender que la misma no puede rehusarse a efectuar el pago de la licencia, pues a pesar de que contaba con los mecanismos legales para cobrar lo mismo, no lo realizó, siendo procedente emitir con el presente trámite la respectiva orden de carácter definitivo.

Así, determinando la necesidad de brindar protección inmediata, supletoria y definitiva al derecho fundamental al mínimo vital de la accionante y su hija recién nacida, el problema jurídico es entonces determinar si se ha vulnerado o puesto en peligro por parte de **FAMISANAR E.P.S.**, al no reconocerle y pagarle la licencia de maternidad que le fuera concedida por el médico tratante, en su calidad de cotizante dependiente.

En el presente caso se encuentra acreditado que a la señora **SOFIA VARON SIERRA**, le fue concedida incapacidad por licencia de maternidad con fecha de inicio 11 de agosto de 2022 hasta el 14 de diciembre de esa misma anualidad, con ocasión al nacimiento de su hija, el día 10 de agosto de 2022.

Asimismo, que la accionante cumple con los requisitos legales para acceder a la prestación económica derivada de la licencia de maternidad, tanto como cotizante dependiente, de acuerdo a vinculación laboral con la sociedad empresa **EJECUTIVO S.A.S.**, persona jurídica que acreditó el pago correspondiente,



siendo en este caso, la responsable de dicha carga prestacional a la accionada **FAMISANAR EPS.**

No obstante, a pesar de las peticiones elevadas por la accionante ante la EPS accionada, en las cuales requiere el reconocimiento y pago directo de su licencia de maternidad como cotizante, **FAMISANAR EPS** persiste en no realizar el pago, ni acreditar requerimiento alguno a la accionante, sobre el argumento que los pagos fueron realizados de manera extemporánea, y si bien, se fundamentó en el Decreto 1427 de 2022, también lo es que, dicha marco normativo únicamente sustituyó el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016.

Bajo los anteriores derroteros legales, jurisprudenciales y fácticos resulta evidente para el Despacho, que la accionante cumple con los términos fijados legalmente para obtener el reconocimiento económico de la licencia de maternidad, y dada la naturaleza de dicha prestación el solo hecho de su no cancelación, vulnera el derecho fundamental al mínimo vital y la vida digna de la accionante y su hija recién nacida.

En efecto, como establece la jurisprudencia constitucional, la licencia de maternidad comporta una medida de protección en favor de la madre y de su hija recién nacida, la cual se efectiviza no solo a través de su reconocimiento como período para la recuperación física de la madre y al cuidado de la niña, sino además con el efectivo pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre destinados a cubrir sus necesidades y las de la menor, durante el tiempo que cesa en sus actividades para disfrutar del periodo concedido. Privilegio que es reconocido a las madres trabajadores, sean dependientes o independientes.

En consecuencia, determinada la vulneración de los derechos fundamentales deprecados por la accionante, debe concederse el amparo constitucional solicitado, y en consecuencia ordenarse el pago de la licencia de maternidad por parte de **FAMISANAR EPS**, conforme al procedimiento administrativo establecido para tal fin, sin exigirle el cumplimiento de cargas administrativas adicionales que no son de su resorte.

Desde luego, que, de llegarse a generar costos adicionales o excluidos del PBS en razón del pago ordenado, podrá la E.P.S. accionada efectuar el recobro



ante el ente respectivo, para lo cual deberá acogerse a los parámetros legalmente establecidos para ese fin. Y, aun cuando se llegue a requerir que deba concedersela facultad de recobro de forma expresa en el presente fallo, no debe así procederse, pues debe tenerse en cuenta que es un aspecto ajeno a la finalidad de la acción de tutela, y que, sólo se materializa para satisfacer un requisito reglamentario de carácter formal.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Soacha, Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER LA TUTELA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL TRABAJO, A LA VIDA DIGNA EN CONEXIDAD CON LA SEGURIDAD SOCIAL Y SALUD, solicitados por la señora **SOFÍA ALEJANDRA VARON SIERRA**, y de su hija recién nacida, que fueron vulnerados por **FAMISANAR EPS**.

SEGUNDO: ORDENAR a FAMISANAR EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, *si no lo ha hecho*, **RECONOZCA Y PAGUE** en favor de la accionante, el rubro correspondiente a la licencia de maternidad **en su calidad de cotizante**, que le fue concedida por su médico tratante con fecha de 11 de agosto de 2022 hasta el 14 de diciembre de esa misma anualidad, con ocasión al nacimiento de su hija, el día 10 de agosto de 2022, por el valor correspondiente legal, conforme con la base de cotización mensual de sus aportes. **Lo anterior conforme al procedimiento administrativo establecido para tal fin, sin exigirle el cumplimiento de cargas administrativas adicionales que no son de su resorte.**

TERCERO: NOTIFÍQUESE de esta decisión a las partes.



CUARTO: En el evento de que no sea impugnada esta decisión, para su eventual revisión remítase la actuación a la Honorable Corte Constitucional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

EL Juez,

RAFAEL NÚÑEZ ARIAS

Firmado Por:
Rafael Nunez Arias
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Civil 002
Soacha - Cundinamarca

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: **2b37cd7d60bfcdbf42ae528df1736a404df9b2f59485dc6fcbbacf9cd9bdf6ab**

Documento generado en 13/06/2023 08:43:40 AM

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