

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SESENTA Y CUATRO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
D.C.,
(Juzgado Cuarenta y Seis de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple Transitorio)
-Acuerdo PCSJA18-III27-

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Acción de Tutela No. 11001400306420230118000 de Nubia Esperanza Marcelo Murcia en contra de Compensar EPS, con vinculación de la Superintendencia del Subsidio Familiar y la Superintendencia Nacional de Salud

ASUNTO

Procede el Despacho a resolver la acción de la referencia, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de los niños a la salud, mínimo vital, la vida y la dignidad humana.

ANTECEDENTES

La petición y los hechos

Solicita la accionante se amparen los derechos invocados ordenando a la entidad encartada los pagos correspondientes a la licencia de maternidad que le corresponde, habida cuenta del nacimiento de su hijo DSPM el pasado 12 de febrero de 2023.

Indica que radicó derecho de petición el 6 de julio de 2023, del cual tuvo respuesta negativa por parte de Compensar EPS.

En la respuesta emitida por la accionada el 14 de julio del presente año se le indicó a la actora que no era posible la autorización del pago de la incapacidad, debido a que el pago del aporte del mes de inicio de la incapacidad se realizó ante la EPS de forma extemporánea.

ACTUACIÓN DEL JUZGADO

Al corresponder el conocimiento de la acción a este Despacho y una vez cumplidos los requisitos legales, por auto de 18 de julio de 2023, se admitió el libelo, se ordenó notificar a la accionada y a las vinculadas para que en el término de un (1) día, contado a partir del recibo de la comunicación, se pronunciara sobre los hechos en lo que se soporta la presente acción y anexara la documentación pertinente.

RESPUESTA COMPENSAR EPS

La entidad encartada manifestó que en efecto negó la licencia de maternidad solicitada habida cuenta que su reconocimiento solo puede darse si los pagos correspondientes al periodo de gestación, se hayan dado máximo en la fecha límite del periodo de cotización en la que inicia la licencia junto con sus intereses de mora, cuando haya lugar. Lo anterior, lo indicó en el marco de lo establecido por el Decreto 1427 de 2022.

Señala que la accionante solo registra cotizaciones por 7 meses durante el periodo de gestación, por lo que, atendiendo a los postulados jurisprudenciales deberá reconocerse y pagarse la licencia proporcionalmente al monto equivalente al número de días cotizados frente al periodo real de gestación.

Solita a su vez, que en caso de reconocerse la prestación objeto de esta acción, se le otorgue la facultad expresa y tácita de recobro a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, con el ánimo de salvaguardar los recursos del sistema.

Finalmente solicita declarar improcedente esta acción, toda vez que su conducta se ha ajustado a las normas legales vigentes, sin vulnerar los derechos fundamentales de la actora.

RESPUESTA SUPERINTENDENCIA DEL SUBSIDIO FAMILIAR

Indicó la vinculada que no le es imputable la presunta agresión de derechos endilgada, por lo que solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Expuso que no es competente siquiera para pronunciarse respecto de aquellos asuntos que le atañen a la prestación de los servicios de salud que llegaren a prestar las cajas de compensación familiar, pues la función de inspección, vigilancia y control de dicha entidad se limita a verificar que, en virtud del desarrollo de un programa de salud por parte de una caja de compensación familiar, no se afecten los planes y programas propios del subsidio familiar.

RESPUESTA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Expresó el ente vinculado que no es competente para conocer del trámite de reconocimiento de prestaciones económicas, por lo que solicitó su desvinculación, toda vez que la vulneración enrostrada no deviene de acción u omisión de su actuar.

PROBLEMA JURÍDICO

Dispone el despacho determinar si la convocada al trámite, han vulnerado los derechos fundamentales invocados por la señora Nubia Esperanza Marcelo Murcia como se alega en el escrito de amparo, si es procedente esta acción y, en tratándose de la licencia de maternidad solicitada, de ser el caso, quien debe asumir dicho pago.

CONSIDERACIONES

1. El artículo 86 de la Constitución señala cuando procede la acción de tutela contra particulares:

“La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

(...) 1) Que particular presta un servicio público o de interés general. 2) que se afecte gravemente el interés general o colectivo. 3) que se afecte gravemente algún derecho fundamental como consecuencia del estado de subordinación o indefensión.”

1.1. A su vez el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de esta acción constitucional, reguló las siguientes hipótesis en que resulta viable el amparo frente a los particulares: prestación de un servicio público, ejercicio de funciones públicas, afectación grave y directa del interés colectivo, y estado de indefensión o subordinación.

Más aún, conforme lo prevé dicho artículo, procede la acción constitucional cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial y, tratándose de derechos fundamentales que involucren a la mujer en estado reciente de parto y a su recién nacido, resulta eficaz a efectos de evitar la consumación de un perjuicio irremediable que afecta el mínimo vital.

Como la acción se dirige en contra de una empresa prestadora de servicios públicos, el de la salud, es procedente este mecanismo.

2. La seguridad social se encuentra consagrada expresamente en el artículo 48 de la Constitución Política, el cual le reconoce la doble condición de (i) “derecho irrenunciable”, que se debe garantizar a todos los habitantes del territorio nacional; y (ii) “servicio público

de carácter obligatorio”, que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, por entidades públicas o privadas, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

El legislador, en desarrollo del deber constitucional de diseñar el sistema de seguridad social integral, orientado en los principios antes mencionados, expidió la Ley 100 de 1993, *"por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*.

Dicho sistema se encuentra estructurado con el objetivo de procurar el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, mediante la protección de las principales contingencias que los afectan, a partir de cuatro componentes básicos: i) el Sistema General de Pensiones; ii) el Sistema General de Salud; iii), el Sistema General de Riesgos Laborales; y iv) los servicios sociales complementario

3. En el reconocimiento de la licencia de maternidad se encuentra establecido en el artículo 207 de la Ley 100 de 1993, del cual tenemos que:

“Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitación UPC”.

Desde esta perspectiva y aunado a lo dispuesto por el inciso segundo del numeral 3° del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto 1427 de 2022, el cual establece que *“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 del periodo de cotización en el que inicia la licencia junto con sus intereses de mora, cuando haya Jugar”*, se tiene que Compensar Eps es la llamada al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad enrostrada por la actora, pero, atendiendo la documental anexa al libelo genitor, dicha Entidad Promotora de Salud informó a la quejosa que no es posible acceder a su petición toda vez que, no hizo el pago de los aportes del mes de febrero de 2023 dentro del término correspondiente y, solo cotizó durante 7 meses.

Así las cosas, corresponde determinar si debe pagarse proporcionalmente la licencia solicitada o de forma completa, conforme a las manifestaciones obrante, ya que la accionante cumple con los preceptos establecidos en la ley y, por demás, es sujeto de especial protección constitucional.

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

“La licencia de maternidad es, entonces, una medida de protección a favor de la madre del recién nacido y de la institución familiar. Por un lado, se hace efectiva a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño o niña. Por otra parte, se materializa 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 de su hijo o hija. Así, 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, siempre que cumplan con los requisitos jurídicos para su reconocimiento” (C.C. T014/2022).

4. La Corte Constitucional ha dimensionado lo correspondiente al reconocimiento y de la licencia de maternidad estableciendo vía jurisprudencia las circunstancias normativas en las que procede su pago. Dijo: *“el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad.”*¹ Así, esta Corte estableció que, *dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá*

¹ Esta regla ha sido aplicada por esta Corte en las sentencias: T-139 de 1999 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), T-1205 de 2005 (MP. Jaime Araujo Rentería), T-1243 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-461 de 2006 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-598 de 2006 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-640 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-728 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-206 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T- 530 de 2007 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-136 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1223 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), entre otras.

*hacerse de manera total o proporcional.*²

De lo anterior se derivan dos escenarios que determinan tratamientos diferentes para el pago de las licencias de maternidad: la primera hipótesis, señala que:

“cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS menos de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la jurisprudencia, se ordena el pago total de la licencia de maternidad”. (Resaltado y subrayado del despacho).

Asimismo estableció como segunda hipótesis que “cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS más de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la jurisprudencia, se ordena el pago proporcional de la licencia de maternidad al tiempo que cotizó”³. Amén de lo anterior, el mismo Tribunal Constitucional ha establecido los siguientes requisitos para que proceda el pago de la licencia de maternidad: (i) el término de interposición de la acción, no puede superar un año después del nacimiento del hijo, (ii) la responsabilidad por la ausencia de pagos durante todo el período de gestación debe ser imputable al empleador y (iii) se presume la afectación al mínimo vital de la mujer, en caso que la EPS no la desvirtúe⁴.

Teniendo en cuenta los requisitos expuestos, este estrado judicial procederá a estudiar cada uno de los requisitos aludidos para poder determinar si a la accionante tiene derecho al reconocimiento del pago total o proporcional de la licencia de maternidad conforme a lo señalado por el órgano de cierre constitucional.

En cuanto al requisito del tiempo al nacimiento de hijo decimos: i) la accionante presentó dicha acción constitucional antes de cumplirse un año desde el alumbramiento ya que éste ocurrió el 12 de febrero de 2023 y, presentó la acción de constitucional el 18 de julio del presente año; (ii) se presume la afectación al mínimo vital de la accionante y de su hijo recién nacido puesto que la entidad accionada no desvirtuó dicha presunción, como lo ha indicado la jurisprudencia citada, que expone que está en cabeza de la accionada desvirtuar la no afectación al mínimo vital.

Ahora bien, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, se tiene que para el mes de febrero de 2023 se hizo el pago correspondiente a salud de la accionante fuera del término concedido para ello, sin reparo de esto, nada le exime del reconocimiento y pago de la licencia solicitada y, al respecto ha dicho el órgano de cierre constitucional:

“Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y, por lo tanto, la E.P.S. no puede negar el pago de la licencia

por tanto, teniendo en cuenta lo establecido por la jurisprudencia del alto Tribunal Constitucional se ordenará el pago total de la licencia de maternidad, dado que se cumplen los requisitos citados” (C.C. T-421/2004).

Por tanto, se ordenará el pago de la licencia de maternidad solicitada, habida cuenta que la actora cumple con los requisitos enunciados en líneas precedentes.

A su vez, esta misma corporación ha expresado que:

*“(…) una entidad promotora de salud viola el derecho fundamental a la salud y a la vida de una mujer, cuando le niega el reconocimiento de la licencia de maternidad porque no cumple con el requisito de que las semanas cotizadas deben ser iguales a las de gestación, y así poder obtener el derecho al pago de la aducida licencia(…)”.*⁵

2 La Sala Segunda de Revisión de Tutelas de la Corte, en sentencia T-1243 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), consideró pertinente establecer una variable a la línea jurisprudencial que ya se venía siguiendo, en el sentido de consagrar un criterio de proporcionalidad, que garantizara un equilibrio entre el derecho a recibir el pago de una prestación, frente a la necesidad de asegurar la responsabilidad en el pago oportuno y completo de los aportes y el equilibrio económico del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

3 T- 1243 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

4 Ibídem.

5 Según el artículo 3 del Decreto 047 de 2000: “para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones

De esta manera a nivel jurisprudencial se ha indicado que hay lugar a presumir la afectación del derecho fundamental al mínimo vital de un “trabajador cuando no recibe su salario y devenga un salario mínimo ⁶ o cuando el salario es su única fuente de ingreso, ⁷ constituyendo un elemento necesario para su subsistencia, al cubrir con ese dinero sus necesidades básicas, ⁸ correspondiéndole a la E.P.S. o al empleador desvirtuar dicha presunción.”⁹, nótese como en ninguno de los pronunciamientos de la Corte al respecto se ha establecido como uno de los fundamentos de la violación a este derecho que concurra en el afectado situaciones de índole familiar, como tener prole o personas a cargo, y mucho menos de edad, pues la vulneración se puede predicar a personas de cualquier edad.

Se ha demostrado en el trámite de la acción constitucional: (i) que la accionante cotiza a la Eps accionada, (ii), Que no hubo expreso rechazo por el pago de las cotizaciones por parte de la accionada, (iii) que la Eps demandada se ha negado al pago de la incapacidad argumentando que no se hizo el pago de la cotización del mes de febrero de 2023 durante el término establecido, (iv) que la actora solo hizo aportes por siete meses de los nueve del periodo de gestación y, (v) que el accionante argumenta la vulneración a su mínimo vital.

5. Así las cosas, conforme a lo anteriormente expuesto, se tiene que Compensar Eps vulneró el derecho fundamental al mínimo vital de la accionante, razón por la cual se ordena a esta empresa que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la presente reconozca y pague el 100% de la prestación por licencia de maternidad que le corresponde a la señora Nubia Esperanza Marcelo Murcia.

6. Finalmente, frente al pedimento hecho por la entidad demandada respecto a facultarla para el recobro de la prestación ordenada a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dicho pedimento no es procedente y por tanto no habrá mérito a otorgarlo habida cuenta que establece el parágrafo del artículo 6° de la Resolución No. 71842 de 2022 que:

“En el caso de fallos de tutela en los que se ordene el reconocimiento de las licencias de maternidad o paternidad a la EPS o EAS por afiliados que no correspondan a esa entidad aseguradora, incluyendo los casos en los que se trate de prestaciones generadas en EPS en liquidación atribuidas por los jueces a las EPS receptoras, estas deberán acompañar su solicitud con la respectiva sentencia”.

De lo anterior, ha de indicarse que, la accionante se encuentra afiliada a la Eps encartada y, esta última, no se encuentra en proceso de liquidación, por lo que no sobra emitir pronunciamiento u orden adicional al respecto.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Juzgado Sesenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá D.C., (Juzgado Cuarenta y Seis de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple Transitorio), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

Primero. Conceder la tutela instaurada por Nubia Esperanza Marcelo Murcia en contra de Compensar EPS.

económicas, conforme a las reglas de control a la evasión”. Sin embargo, la Corte consideró que este requisito no podía tenerse en cuenta como argumento suficiente para negar el pago, sino, que creó la regla del pago proporcional de acuerdo al número de aportes realizados durante el periodo de gestación, con el fin también de salvaguardar el equilibrio económico del sistema.

6 Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-789 del 28 de julio de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-201 del 4 de marzo de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-855 del 2 de septiembre de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil T-707 del 30 de agosto de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-158 del 12 de febrero de 2001, M. P. Fabio Morón Díaz y T-241 del 3 de marzo de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

7 Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-138 del 17 de febrero de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-641 del 1 de julio de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-413 del 6 de mayo de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1013 del 21 de noviembre de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño y T-365 del 20 de mayo de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

8 Sentencia T-394 del 7 de abril de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra: “Los principios que informan la garantía de percibir los salarios y las demás acreencias laborales, exigen una valoración cualitativa y no cuantitativa del concepto de remuneración mínima vital (T-439/2000). La idea de un mínimo de condiciones decorosas de vida, no solo atiende a una valoración de las necesidades biológicas individuales mínimas para subsistir, sino a la apreciación material del valor del trabajo, de las circunstancias propias de cada individuo, y del respeto por sus condiciones particulares de vida”.

9 Sentencia T-274 del 4 de abril de 2006 M. P. Clara Inés Vargas

Segundo. Ordenar en consecuencia, al representante legal de la entidad accionada **Compensar EPS**, o quien haga sus veces, para que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, reconozca y pague en su totalidad la licencia de maternidad que le corresponde a la señora **Nubia Esperanza Marcelo Murcia**.

Tercero. Notificar esta determinación a la accionante, a la entidad encartada y a las vinculadas por el medio más expedito y eficaz.

Cuarto. De no ser impugnado el presente fallo, remítase el expediente dentro del término legal a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Oficiese.

Quinto. En caso de ser excluida de revisión archívese definitivamente.

Comuníquese y cúmplase,

LILIAM MARGARITA MOUTHON CASTRO
Juez

Firmado Por:

Liliam Margarita Mouthon Castro

Juez

Juzgado Municipal

Civil 064

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **6ed5dadaac04d145dc9eb1aab4686ea0ec17a197703eb9e4147aaab857e31b63**

Documento generado en 28/07/2023 12:22:49 PM

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