

**REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA
DESPACHO TERCERO**

Sustanciador: Alfredo de Jesús Castilla Torres.

Para ver el expediente virtual, utilice este enlace [T-2021-612](#)

Barranquilla, D.E.I.P., veinte (20) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Se decide lo referente a las impugnación presentadas por la señora Cindy Paola Niño Cera y la sociedad Suministro CK de la Costa SAS, contra la sentencia proferida el 08 de septiembre de 2021 por el Juzgado Segundo de Familia Oral de Barranquilla, dentro de la acción de tutela instaurada por Cindy Paola Niño Cera contra la Nueva EPS S.A y a la cual se vinculó a Suministro CK de la Costa SAS, por la presunta vulneración a sus Derechos Fundamentales al Debido Proceso, Mínimo Vital y Seguridad Social.

ANTECEDENTES

1. HECHOS

Los hechos que le sirven de fundamento a la presente acción pueden ser expuestos así:

La accionante dio a luz el 13 de abril del 2021 con buena asistencia médica, y con suministro de medicamentos, otorgándosele su respectiva incapacidad de maternidad #6909242, la cual fue reclamada mediante petición ante la Súper Salud con número de radicado #202131002511652.

Es cotizante dependiente a través de la empresa Suministro CK de la Costa SAS, la cual está al día en los aportes, sin embargo, al realizar el trámite pertinente para el cobro de la licencia de maternidad, éste fue negado.

El mes de cotización de abril, su empleador realizó el aporte extemporáneo a fecha 09 de junio del 2021 con número de planilla 881038305741 y la NUEVA EPS los recibió configurándose el allanamiento a la mora.

PRETENSIONES

Solicita la accionante con fundamento en los hechos y razones expuestas, se proteja sus derechos invocados y ordenar a la accionada Nueva EPS S.A. el reconocimiento económico de su licencia de maternidad.

ACTUACIÓN PROCESAL

El conocimiento de la presente acción de tutela le correspondió en primera instancia al Juzgado Segundo de Familia Oral de Barranquilla, donde fue admitida, fecha 30 de agosto de 2021 ordenándose la notificación de Nueva EPS S.A. y la vinculación a la empresa Suministro CK de la Costa SAS, concediéndole un término de cuarenta y ocho horas (48) hábiles, a fin que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción, para lo cual se remitió traslado de la presente acción. Providencia que fue notificada en debida forma.

Se recibió informe de la entidad accionada Nueva EPS S.A. y de la vinculada Suministro CK de la Costa SAS ^{véase nota 1}

El Juzgado de Conocimiento mediante providencia del 17 de agosto de 2021, resolvió amparar los derechos de la accionante, empero ordenó el pago de las prestaciones económicas a cargo de Suministro CK de la Costa SAS; la anterior decisión fue impugnada oportunamente por la accionante y dicha vinculada, siendo concedido el recurso mediante auto de fecha 20 de septiembre de 2021.

CONSIDERACIONES DE LA A-QUO

En el Sub – examine, la Jueza de primera instancia indica que conforme al artículo 121 del decreto 19 de 2012, quién debe realizar el pago de la licencia de maternidad es el empleador. En ese orden, existen 3 requisitos para que la EPS reconozca y pague la licencia de maternidad, y se encuentran establecidos en el Decreto Único 780 de 2016:

1. Ser afiliada como cotizante.
2. Haber cotizado durante el periodo de gestación.
3. Estar al día en el pago de las cotizaciones.

En lo que respecta al cumplimiento de los requisitos mencionados, los dos primeros han sido cumplidos por la accionante, la cual se encuentra como cotizante de Nueva EPS, y cotizó durante su periodo de gestación como indica el certificado de aportes compensados en Nueva EPS.

No obstante, el tercer requisito no se encuentra cumplido, teniendo en cuenta que el Decreto 1990 de 06-12-2016 en su artículo 3.2.2.1. Establece los plazos para la autoliquidación y el pago de los aportes al SGSSS, bien sea su modalidad electrónica o asistida. De conformidad a los últimos dos dígitos del documento de identidad del afiliado, así corresponderá la fecha límite en que se debe realizar el pago de la cotización. En ese sentido, los últimos dos dígitos del número de identificación de la accionante son 46, correspondientes como fecha máxima para realizar el pago de la cotización los días 8 de cada mes.

¹ Archivos digitales “06ContestaciónVinculado” “07RespuestaNuevaEps”

Siendo lo anterior así, al observar las planillas aportadas por Nueva EPS se evidencia que el empleador desde el periodo 01-11-2020 realizó de manera tardía los aportes de cotización al SGSSS, omitiendo la fecha límite de pago los días 8 de cada mes, realizando los aportes meses vencidos y perjudicando a la accionante con el requisito de estar al día en el pago de las cotizaciones. En consecuencia, Suministro CK de la Costa SAS estaba haciendo los pagos vencidos, y de esta manera incumplió con el tercer requisito que establece el Decreto 780 de 2016, para otorgar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la accionante.

Finalmente, teniendo en cuenta la violación del tercer requisito para que la EPS reconozca y pague la licencia de maternidad establecido en el decreto 780 de 2016, le corresponde a Suministro CK de la Costa SAS el correspondiente pago de la licencia de maternidad, y no a Nueva EPS. Por haber realizado los pagos de cotizaciones meses vencidos de la fecha límite los días 8 de cada mes.

ARGUMENTOS DE LOS RECURRENTE

La parte accionante sustenta los motivos de su inconformidad con el fallo impugnado, así; que la acción de tutela fue en contra de NUEVA EPS y no en contra de su empleador, que el fallo de tutela esta es afectando al empleador y el está al día en los aportes y si estos se realizaron fuera de la fecha entonces existe el allanamiento a la mora, no puede ser un decreto superior a la constitución y los derechos fundamentales.

Suministro CK de la Costa SAS indica que, el debido proceso es que el empleador realice el reconocimiento económico a la señora Cindy Paola Niño Cera y este a su vez haga el recobro ante la entidad promotora de salud y en el fallo proferido por el conocedor de primera instancia omitió ese procedimiento.

Indica que la jurisprudencia de la Corte Constitucional señala que la teoría del allanamiento a la mora se debe aplicar a casos como este y la Nueva EPS, aunque sea extemporáneo recibió los aportes correspondientes, razón por la cual le corresponde pagar la prestación a la accionante o pagar al patrono cuando éste a asumido ese pago, indica que ya le pagó a la accionante los valores correspondientes, reitera cuando un empleador ha dejado de pagar los aportes a la seguridad social en pensiones y la entidad los ha recibido extemporáneamente o no ha sido diligente en el cobro de éstos, se allana a la mora, encontrándose jurídicamente amparado el trabajador frente a su expectativa legítima de acceder a su derecho económico, más aún cuando de dicha prestación depende el mantenimiento de su vida en condiciones de dignidad.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala Segunda de Decisión Civil – Familia de este Tribunal analizar, si es pertinente cambiar el destinatario de la orden dada por la A Quo, en el sentido de establecer quien debe finalmente asumir el costo de la prestación económica reconocida a la accionante.

CONSIDERACIONES:

De acuerdo a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y su reglamentación en los decretos 2591 de noviembre 19 y 1991, 306 de febrero 19 de 1992 y 1382 de julio 12 de 2000, toda persona tiene derecho a instaurar la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales constitucionales, como un mecanismo subsidiario de defensa de los mismos, a falta de otro medio judicial de amparo.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que, ella sólo resulta procedente contra los actos arbitrarios o no justificados de la entidad contra la cual se dirige la acción; dado que no procede contra los actos legítimos o decisiones adoptadas de acuerdo a atribuciones o facultades de la autoridad accionada o bien ejecutadas en cumplimiento de una norma de carácter legal.

En ese orden de ideas, si el accionante en tutela, cuenta o contó con un medio de defensa ordinario y con la utilización de este no se le causa un perjuicio irremediable, forzosamente habrá de concluirse que la acción impetrada resultará a todas luces improcedente. Ahora bien, habrá de auscultarse en las circunstancias de hecho que rodean el caso en concreto, en la búsqueda de determinar la existencia de un mecanismo ordinario de defensa, o bien la existencia del mismo, pero la presencia de un perjuicio irremediable que permitan acceder al amparo deprecado.

Por ello, para entrar a resolver sobre la procedencia del amparo solicitado se hace necesario considerar Diez aspectos en cada caso concreto:

1. La legitimidad en causa activa en el peticionario, a fin de establecer si tiene o no la titularidad del derecho que invoca.
2. La legitimación en causa pasiva de quien resulta ser accionado.
3. Que el derecho en mención, tenga el carácter de “constitucional fundamental”.
4. Que no exista un medio ordinario de defensa judicial de esos derechos que pueda utilizar, a menos que se interponga como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o,
5. Que, habiendo existido ese medio ordinario de defensa judicial de esos derechos, el accionante no hubiera sido remiso o negligente en su utilización.
6. Que se trata de un acto u omisión arbitraria e injusta,
7. Que no se esté en presencia de un daño ya consumado,
8. Que no se hubiera producido la cesación de la actividad o de las omisiones que vulneraban o ponían en peligro el derecho de los accionantes, antes de proferir la sentencia correspondiente,
9. Que se interponga dentro de un plazo justo y razonable.
10. Que no se trate del cuestionamiento de la sentencia de una acción de tutela anterior.

CASO CONCRETO

Pretendió la señora Cindy Paola Niño Cera que se concediera el amparo constitucional alegadamente violado por la Nueva EPS y que en consecuencia se le ordenara a la misma el reconocimiento económico de la incapacidad de maternidad de la que ella es titular.

La Jueza de Primera instancia le reconoció ese derecho, empero consideró que quien estaba vulnerando los derechos de la misma era su patrono Suministro CK de la Costa SAS y ordenó a

éste a pagar dicha prestación económica, en lugar de la Nueva EPS; En consecuencia, con respecto al derecho fundamental de la accionante y su menor hijo, por ello la sentencia de primera instancia cumplió su objetivo con respecto a estas personas y al no haber ninguna decisión adversa a sus intereses, considera esta Sala de Decisión que dicha señora Cindy Paola Niño Cera no tiene ningún interés que la legitime para impugnarla.

De la misma manera, Suministro CK de la Costa SAS presenta la impugnación peticionando que se revoque la decisión de primera instancia para que se ordene a la Nueva EPS realizar el reconocimiento económico a la señora Cindy Paola Niño Cera, sin formular inconformidad alguna al respecto del amparo concedido a la accionante, tanto es así que indica que ese empleador ya pagó lo correspondiente; por lo que de forma subsidiaria, espera se ordene a la Nueva EPS hacer el reembolso a Suministro CK de la Costa SAS, el monto correspondiente a la licencia de maternidad.

En ese orden de ideas, lo que se discute en esta impugnación, ya no ese derecho fundamental de la accionante al mínimo vital suyo y de su menor hijo, sino el mero aspecto económico de carácter legal de quien finalmente debe asumir el costo de tal prestación económica, puesto que, como antes se indicó, solo se cuestiona es el aspecto del destinatario de la orden, por lo que realmente lo que se pretende es que el Juez Constitucional ordene a la Nueva EPS hacer el reembolso del pago de la incapacidad de maternidad al empleador Suministro CK de la Costa SAS.

Considerándose, entonces que esta otra controversia entre la Nueva EPS y Suministro CK de la Costa SAS, está fuera del marco a discutir al interior de esta acción constitucional, por lo que No es procedente entrar a decidir en la misma tal aspecto de orden legal.

En ese sentido, es importante tener en cuenta que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 28 de la Ley 1438 de 2011, el empleador tiene el derecho de solicitar a las EPS el reembolso del pago de las prestaciones económicas dentro de un término no superior a los tres años contados a partir de la fecha en que hizo el pago al trabajador.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en Sala Segunda de Decisión Civil - Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

Confirmar la sentencia del 08 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo de Familia Oral de Barranquilla.

Notifíquese a las partes e intervinientes, por correo electrónico, telegrama u otro medio expedito.

Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Radicación Interna: T 00612-2021
Código Único de Radicación: 08001311000220210029301

ALFREDO DE JESUS CASTILLA TORRES

CARMITA ELENA GONZALEZ ORTIZ

JUAN CARLOS CERON DIAZ

Con Aclaración de Voto

—

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
ACLARACION DE VOTO

Barranquilla, veinte (20) de octubre del dos mil veintiuno (2.021)

Con el mayor respeto me permito ACLARAR mi voto respecto de la posición mayoritaria de la Sala que confirma la sentencia de tutela de primera instancia de fecha 8 de septiembre de 2021, la cual, por una parte, concede la protección constitucional solicitada y por ende ordena el pago de la licencia de maternidad, lo cual comparto. Pero, por la otra, dispone que dicho pago debe asumirlo el patrono SUMINISTRO CK DE LA COSTA SAS, lo cual amerita ser aclarado teniendo en cuenta las siguientes razones:

1.- Cuando se trata de incapacidades por enfermedad de origen común, el responsable del reconocimiento y pago de la incapacidad o del subsidio de incapacidad dependerá del tiempo de duración de la misma, conforme al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013., así:

Los días 1 y 2 estarán a cargo del empleador y los días 3 a 180 a cargo de la entidad promotora de salud. De la misma manera, el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 señaló que desde el día 181 hasta el 540 el pago de la incapacidad estará a cargo del Fondo de Pensiones, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

2.- No ordenar el pago de la licencia de maternidad a cargo de la EPS 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 afiliado, y así pueden vulnerarse los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de las personas que subsisten de su salario y de su núcleo familiar dependiente económicamente de ellas.

En los anteriores términos, dejo consignadas las razones que me llevaron a aclarar el voto en la Sentencia T-00612-2021

De los Honorables Magistrados

Cordialmente.

A photograph of a handwritten signature in black ink on a light-colored surface. The signature is stylized and appears to be 'J. C. Cerón Díaz'.

JUAN CARLOS CERON DIAZ
MAGISTRADO

Radicación Interna: T 00612-2021
Código Único de Radicación: 08001311000220210029301

Firmado Por:

Alfredo De Jesus Castilla Torres
Magistrado
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

Carmiña Elena Gonzalez Ortiz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 6 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

Juan Carlos Ceron Diaz
Magistrado
Sala 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

Firma Con Aclaración De Voto

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:

a33b02e484bf403172273f374b64946533a02b3f849ef462ffe49181b102b72c

Documento generado en 20/10/2021 10:08:30 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>