

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
PALMIRA VALLE DEL CAUCA**

Palmira (V.), veinte (20) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia TUTELA 2ª. Instancia No. 48
Rad. 76-520-40-89-002-**2021-00460**-01

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Procede el despacho a resolver el **recurso de IMPUGNACIÓN** presentado por la parte accionante contra la **sentencia N° 101 del 20 de septiembre de 2021**, proferida por el **Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Palmira, (V.)** dentro de la ACCIÓN DE TUTELA formulada por la señora **GISVEL RAVIANNY TIMAURE CASTELLANOS** de nacionalidad venezolana identificada con Permiso Especial de Permanencia **No. 929908222021994** en nombre propio y de su menor hijo **JOSEPH DAVID SULBARAN TIMAURE** **contra COOMEVA EPS**. Asunto al cual se vincularon como integrantes de la parte pasiva el **AGENTE ESPECIAL FELIPE NEGRET MOSQUERA**, y la empresa **SERVIPROYECOM S.A.S.**

DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

Se solicita el amparo de los derechos fundamentales al **MÍNIMO VITAL**, **SEGURIDAD SOCIAL**, **SALUD** y a la **VIDA DIGNA**.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Como argumentos de tutela la accionante expuso que, es cotizante en calidad de **CABEZA DE FAMILIA** en **COOMEVA EPS**. Que dio tuvo a su hijo **JOSEPH DAVID**

SULBARAN TIMAURE, el día 07 de junio del año 2021, por lo cual reclamó su licencia de maternidad de 126 días, la cual fue negada por Coomeva alegando que presentó mora en algún periodo de la gestación.

No obstante, afirma que la entidad no realizó las acciones de cobro pertinentes, y se allanó a la mora, considera que la ausencia de pago ha generado una afectación a su mínimo vital y al de su hijo recién nacido, toda vez que su salario es su único sustento.

Por ello acude a la acción de tutela para amparar sus derechos fundamentales invocados, para que se ordene a la parte accionada el reconocimiento y pago de los 126 días correspondientes a su licencia de maternidad.

LAS RESPUESTAS DE LOS ACCIONADOS

La **EPS COOMEVA** manifestó que la accionante está vinculada a Coomeva EPS en calidad de dependiente de la entidad empleador SERVIPROYECOM por lo cual debería estar percibiendo el monto por concepto del subsidio por incapacidad en la periodicidad pactada para el pago de su salario, en virtud de su contrato de trabajo y de la normatividad laboral, dado que, la obligación de tramitar el reconocimiento y recobro de incapacidades ante las entidades aseguradoras en salud recae sobre el empleador.

Mencionó ser cotizante dependiente y tener un índice básico de cotización (IBC) a fecha de inicio de la licencia de: \$ 908.526, que, la licencia de maternidad No. 13065599 va del 07/06/2021 al 10/10/2021 por 126 días, la usuaria cuenta con 40 semanas de gestación correspondientes a 280 días, y **tiempo de cotización en Coomeva EPS de 7 meses y 1 día**, por lo que tiene derecho a pago proporcional, pero no es procedente el reconocimiento del subsidio dado que el empleador tiene deuda mayor a 30 días por el no pago de aportes al sistema de seguridad social en salud.

Dijo que el empleador, presentó cartera en el período de septiembre, octubre de 2019 y octubre de 2020 siendo pagada el 25/08/2021 y 03/09/2021, y que se han realizado las gestiones respectivas para el cobro, indicando que el hecho de que se ponga al día con la cartera, no da lugar al reconocimiento económico retroactivo de las incapacidades y/o licencias.

Pidió que se declare improcedente la presente acción de tutela, toda vez que la conducta desplegada por COOMEVA E.P.S. ha sido en todo momento ajustada a derecho y no se ha desconocido o vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante, aunado al hecho de que la presente carece de inmediatez.

EL FALLO RECURRIDO

El señor Juez de primera instancia, decidió tutelar los derechos fundamentales invocados de la accionante, por considerar que se le está ocasionando un perjuicio irremediable, y la afectación de su mínimo vital de la madre que acaba de dar a luz, como el de su hijo recién nacido, por cuanto sustituye el salario en la época de la licencia que debería disfrutar la trabajadora.

LA IMPUGNACIÓN

La EPS Coomeva impugnó la sentencia y reiteró su contestación, indicando que existió mora en los aportes y que la EPS realizó el trámite para el cobro de las mismas de forma diligente, por lo que pidió denegar la tutela.

CONSIDERACIONES

LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA: por activa, la señora **GISVEL RAVIANNY TIMAURE CASTELLANOS** quien dada su calidad de persona busca por este medio el reconocimiento y pago de su licencia por maternidad, se encuentra legitimada para ejercer la acción constitucional prevista en el artículo 86 correspondiente. Por pasiva **COOMEVA EPS** tiene la legitimación por ser la entidad a la cual se encuentra afiliada la accionante, así como los vinculados dado que pueden verse afectados con la decisión que aquí se tome.

LA COMPETENCIA: Le asiste al despacho de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, en atención al factor funcional.

LA TUTELA CONTRA PARTICULARES. Tiene la acción constitucional de tutela como finalidad, la protección concreta e inmediata de los derechos fundamentales

de carácter constitucional, contra su amenaza por acción u omisión de cualquier entidad, pública o privada, y su procedencia contra particulares que tengan a su cargo la prestación de un servicio público. De acuerdo con el precedente constitucional¹, *"la acción de tutela procede contra particulares cuando: (i) prestan un servicio público; (ii) la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo y, (iii) el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular. Mientras que el primer supuesto es objetivo, los otros dos, requieren de valoración fáctica en cada caso, sin olvidar la relación existente entre las partes"*. Enfocados en el asunto particular, estamos frente al primero de los eventos antes mencionados, ahora es preciso avocar el asunto de fondo.

LOS PROBLEMAS JURÍDICOS: El debate se centrará en determinar: 1) Si es procedente en sede de tutela acceder plenamente a lo pretendido por la accionante, bajo el entendido que se le lesionan algunos derechos fundamentales? 3) Si es procedente revocar el fallo de primera instancia?. Ante lo cual se contesta desde ya en sentido parcialmente **positivo** a la primera pregunta y negativo a la segunda de ellas, por las siguientes razones.

1. Debe tenerse presente que la presente es una acción prevista en el artículo 86 constitucional, cuyo fin es proteger los derechos fundamentales de las personas entre ellos el mínimo vital, seguridad social (art. 48), salud y vida digna (art. 11).

Derechos y acción invocados por la señora **TIMAURE CASTELLANOS** de nacionalidad venezolana, quien no le está reclamando la protección de tales derechos a su país como en principio debería hacer, sino a Colombia, se debe tener en cuenta que con ocasión de la alta migración que está ocurriendo por el territorio colombiano, el Gobierno nacional ha establecido una norma que regula su paso por el territorio colombiano, que deben acatarse, sumadas a las existentes en forma general en nuestro territorio, de modo que puedan pedir el reconocimiento de algunos derechos según sean ilegales o no, o se haya respetado el cumplimiento de las leyes colombianas, como lo es en este caso el cumplimiento de las reguladoras del sistema de seguridad social, en particular lo atinente al pago de la licencia de maternidad.

¹ Sentencia T-012 de 2012. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

² Sentencias T-767 de 2001, T-1217 de 2008 y T-735 de 2010.

En lo atinente a la licencia de maternidad cuya regulación deriva del artículo 48 constitucional, de la ley 100 de 1993, del decreto 70 de 2016 tenemos que tiene como fin proteger al grupo familiar, darle al menor la oportunidad de estar con su madre trabajadora, durante los primeros días de vida lo cual redundará en bien mutuo, de modo que si la aquella trabaja durante el embarazo y cotiza durante el mismo lapso tiene derecho a que se le pague dicha licencia en forma proporcional al tiempo cotizado tal como lo manda el citado decreto 780 de 2016 que dice:

"Artículo 2.1.13.1 Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

*Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará **proporcionalmente** como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación..."* (resalta el juzgado)

2. El carácter subsidiario de la tutela. Se recuerda como el decreto 2591 de 1919, artículo 6, numeral 1 señala el carácter subsidiario de esta acción, de modo que no puede usarse para todos los fines, sino que deben utilizarse los diferentes mecanismos legales,. Sólo de manera excepcional procede la tutela en orden a proteger los derechos fundamentales del ser humano.

Acerca de ordenar el pago de acreencias laborales causadas en el sistema de seguridad social integral, la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional³ ha dicho que la tutela procede excepcionalmente para la protección de derechos como la vida digna, el mínimo vital, y la seguridad social, y ante la falta de pago oportuno y completo de incapacidades. Por tanto se dice, que la *"idoneidad y eficacia del mecanismo ordinario para reclamar el reconocimiento de una prestación económica se comprueba a través del análisis por parte de la autoridad judicial de los hechos del caso concreto"*⁴. Y sólo *"procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable"*⁵.

³ Corte Constitucional, sentencia T- 526 de 2019 M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS

⁴ Corte Constitucional sentencia T-612 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵ Ibídem.

Motivaciones que tienen su razón de ser en cuanto que la ley 1949, artículo 41, numeral 3 permite demandar en forma prevalente ante la Superintendencia Nacional de Salud, incumplimiento como el que hoy nos ocupa, lo cual daría lugar a negar esta tutela. Sin embargo este despacho tiene en cuenta el precedente asentado en la sentencia **T-526 de 2019** mediante la cual dicha Corporación recordó que su Sala de seguimiento al cumplimiento de la sentencia T-760 de 2008, se averiguó que la mencionada entidad administrativa, no tiene la estructura central, ni regional para fallar en diez días esa clase de demandas, es por lo que manera mayoritaria determinó que la acción de tutela se abre paso.

3. Con el objetivo de determinar en el caso concreto si estamos frente a un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional⁶ ha indicado a título de ejemplo algunos eventos en que es oportuna la tutela para la protección de los derechos invocados, los cuales no son taxativos, pues, dependen de las circunstancias del caso concreto, así ha dicho el máximo tribunal:

*La jurisprudencia constitucional, con el fin de comprobar la presencia de un perjuicio irremediable en el caso concreto, que en la mayoría de los casos consiste en **la afectación del mínimo vital del peticionario(a) y de su familia**, ha utilizado criterios como (i) la edad del actor(a) para ser considerado(a) sujeto de especial protección por ser una persona de la tercera edad, (ii) el estado de salud del (la) **solicitante y su familia**, y (iii) las **condiciones económicas del peticionario(a)**.⁷ Adicionalmente, la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado(a)⁸.*

*Es necesario aclarar que la existencia del perjuicio irremediable se verifica mediante el **análisis de los hechos del caso concreto**, pues éste puede provenir de situaciones diferentes a las contempladas en los criterios antes reseñados, de donde se sigue que éstos son una guía y no una camisa de fuerza para la autoridad judicial. (Negrillas del Juzgado)*

Enfocándonos en el caso concreto, se tiene que, la señora **GISVEL RAVIANNY TIMAURE CASTELLANOS** es aportante al sistema de seguridad social en salud de manera independiente a la empresa **SERVIPROYECOM S.A.S** según ella misma le aclaró al juzgado de primera instancia, hecho éste que se demuestra con el documento aportado por ella, relativo a los datos de afiliación al sistema de salud de la accionante y conforme a las planillas de pago al SGSSS. Así mismo se tiene

⁶ T-612 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷ Sentencia T-762-08, T-376-07, T-607-07, T-652-07, T-529-07, T-935-06 y T-229-06, entre otras.

⁸ Ibídem.

presente la declaración de la accionante cuando manifestó que cotiza sobre la base de un salario mínimo legal mensual vigente aproximadamente.

Se debe precisar que al inicio de la tutela refirió ser cabeza de familia, no obstante conforme la constancia secretarial que precede, dejada por la secretaria del despacho de segunda instancia, en el ítem precedente, se estableció que tiene su pareja estable quien labora como mesero, donde recibe \$220.000 semanales (lo cual sugiere menos del mínimo legal vigente), aunque no recibe prestaciones, quien está cumpliendo su obligación familiar, que antes de la pandemia ella trabajaba en un almacén, luego se dedicó a hacer manualidades, no tiene casa propia, sino que pagan arriendo en el barrio Alameda (cuyo estrato socioeconómico es popular).

Así las cosas, atendiendo las circunstancias del caso concreto, se vislumbra que el ingreso de este grupo familiar, no es boyante, no es estable, y que el solo ingreso del padre no permite asegurar el sostenimiento idóneo de estas personas, por ende se asume que falta de pago de la licencia de maternidad sí afecta su mínimo vital.

Al ser pertinente la protección excepcional por vía de tutela en este evento, aunque exista otro mecanismo de defensa como lo es el breve previsto ante la Superintendencia Nacional de Salud, se requiere que esta prestación económica se cubra de manera perentoria para evitar la configuración de la afectación del mínimo vital de la actora **GISVEL RAVIANNY TIMAURE CASTELLANOS**, de su hijo recién nacido **JOSEPH DAVID SULBARAN TIMAURE**, dadas sus condiciones económicas y sociales referidas.

Ello aunado al hecho de que se trata de un grupo familiar del cual hace parte un niño de tres meses de edad, lo cual nos lleva recordar que merece por mandato del artículo 44 constitucional una protección reforzada en sus derechos fundamentales, la que en este caso se ve materializada con el pago de la licencia de maternidad a su progenitora, por tanto el juzgado habrá de **CONFIRMAR** la sentencia haciendo la respectiva aclaración en lo relativo al pago proporcional.

4. Debe observarse que según lo manifestado por la EPS accionada, en su defensa el pago de la licencia no procede, por cuanto las cotizaciones de la accionante se vieron interrumpidas, por lo que **GISVEL RAVIANNY TIMAURE CASTELLANOS** debe gestionar el pago de la licencia ante su empleador, lo cual no es de recibo en este fallo, dado que en el plenario se estableció que dicha accionante cotiza en

forma independiente por medio de la sociedad SERVIPROYECOM S.A.S., luego al no existir vinculado con aquella, es a la EPS a quien la materna se debe dirigir para solicitar el pago de dicha licencia de maternidad.

De lo expuesto puede inferirse que, **sí** es procedente el reconocimiento del auxilio económico por incapacidad por licencia de maternidad # 13065599 del 07/06/2021 al 10/10/2021 por 126 días, **en forma proporcional** al tiempo cotizado durante el embarazo.

Sin más comentarios con base en lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la **sentencia N° 101 del 20 de septiembre de 2021**, proferida por el **Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Palmira, (V.)** dentro de ACCIÓN DE TUTELA formulada por la señora **GISVEL RAVIANNY TIMAURE CASTELLANOS** de nacionalidad venezolana identificada con el Permiso Especial de Permanencia **No. 929908222021994** actuando en nombre propio y de su menor hijo **JOSEPH DAVID SULBARAN TIMAURE** contra **COOMEVA EPS**, por los motivos aquí expuestos, **aclarando que el pago de la licencia de maternidad debe hacerse en forma proporcional al tiempo cotizado por la accionante durante el embarazo.**

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE conforme a lo previsto en el art. 32 del decreto 2591 de 1.991, al accionante, a los accionados y al Juzgado de primera instancia lo acá dispuesto.

TERCERO: REMÍTANSE estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN** conforme a lo previsto en el art. 32 del decreto 2591 de 1.991

CÚMPLASE

LUZ AMELIA BASTIDAS SEGURA
Juez

Firmado Por:

Luz Amelia Bastidas Segura

Juez

Juzgado De Circuito

Civil 002

Palmira - Valle Del Cauca

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: **2dca271ae2aa5a6bbefbb7e2cfbb1d7cfb7f6c9b177e00ea8446e6730357194a**

Documento generado en 20/10/2021 11:30:25 AM

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