

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y CINCO CIVIL MUNICIPAL
BOGOTÁ D.C.**



Bogotá DC., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Acción de Tutela No. 11001 40 03 035 2023 01131 00

Por ser procedente se admite la acción de tutela presentada por **ERIKA LILIANA GRAJALES MESA**, en nombre propio y como agente oficiosa de **MARÍA VICTORIA ROJAS GRAJALES**, contra **FAMISANAR EPS**. En consecuencia, se ordena:

1. Oficiar a la accionada para que dentro del término de un (1) día contado a partir de la notificación del presente auto, se pronuncie respecto de los fundamentos de la demanda de tutela en su contra. A la respuesta deberá adjuntar la documentación pertinente. Adviértasele que ante la falta de respuesta oportuna se dictará sentencia de plano con base en los hechos de la demanda.

2. De igual forma, se ordena la vinculación de la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**, para que dentro del mismo término informe lo que crea pertinente sobre la presente acción y defienda sus intereses. Oficiése.

3. Notifíquese a las partes del contenido de la presente providencia por el medio más expedito.

Cúmplase,

La Jueza,

DEISY ELISABETH ZAMORA HURTADO

DS

Firmado Por:
Deisy Elizabeth Zamora Hurtado
Juez
Juzgado Municipal
Civil 035
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: **26a5b250a0dad3ba84327296077549150282aaea9e85a972a2192984dd7b0ff8**

Documento generado en 26/10/2023 02:42:31 PM

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

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y CINCO CIVIL MUNICIPAL
BOGOTÁ D.C.**



Bogotá D.C., siete (7) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

CLASE DE PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA

ACCIONANTE : ERIKA LILIANA GRAJALES MESA, en nombre propio y como agente oficiosa de MARÍA VICTORIA ROJAS GRAJALES

ACCIONADO : FAMISANAR EPS

RADICACIÓN : 11001 40 03 035 2023 01131 00

En ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, procede el Despacho a dictar sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, como quiera que el trámite propio de la instancia se encuentra agotado, sin la presencia de causal que invalide lo actuado.

I. ANTECEDENTES

Erika Liliana Grajales Mesa, actuando en nombre propio y como agente oficiosa de **María Victoria Rojas Grajales**, presentó acción de tutela contra **Famisanar EPS**, solicitando el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud y vida digna.

La *causa petendi* de la acción se fundamenta en los hechos que de manera concisa se citan a continuación:

1.1. Que se encuentra afiliada a la accionada, como parte del Régimen Contributivo de Salud, dando a luz el 2 de agosto de 2023, es decir, en vigencia de la citada vinculación.

1.2. Que debido al alumbramiento, se expidió licencia de maternidad por el término de 126 días; sin embargo, presentada para su pago, la accionada informó que tardaría 5 u 8 meses en realizar el desembolso.

1.3. Debido a la situación, indica la actora, se vulneran sus derechos, pues su salario es la única fuente de sostenimiento. Además, que no existe razón alguna para que la accionada no reconozca y pague la licencia otorgada.

II. TRASLADOS Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Una vez admitida la acción de tutela mediante auto de fecha 26 de octubre de 2023, se ordenó la notificación de la entidad accionada, a efectos de que ejerciera su derecho de defensa sobre los hechos alegados. Igualmente, se dispuso la vinculación de la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud**.

2.1.- Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud

Haciendo referencia, de manera general, a su objeto social y los derechos invocados, precisa que la acción presentada es improcedente, pues las pretensiones son de índole económico, por lo que se desatiende el requisito general de subsidiariedad propio de este tipo de amparos.

Además de lo anterior, indica que no le competen las pretensiones de la tutela, por lo que no ha vulnerado los derechos invocados por la interesada.

2.2. Famisanar EPS

De entrada, solicita otorgar un término adicional para pronunciarse sobre la tutela presentada, pues se encuentra desplegando las actuaciones necesarias para cumplir con lo ordenado por el médico tratante.

Seguido de ello, indica que no ha vulnerado derecho alguno, habiendo actuado conforme el postulado de la buena fe.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA:

El artículo 86 de la Constitución Política prevé que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La tutela tiene como dos de sus caracteres distintivos esenciales la subsidiariedad y la inmediatez; el primero por cuanto tan solo resulta procedente instaurar la acción cuando el afectado no disponga de otro

medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; el segundo puesto que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad, concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza.

3.2. DEL CASO EN CONCRETO.

Conforme lo expuesto en el libelo de tutela, despunta que el mismo está dirigido a que, como consecuencia del amparo de los derechos, se ordene a la EPS enjuiciada pagar la licencia de maternidad causada en favor de la acá accionante.

Teniendo en cuenta lo anterior, se hace necesario recordar que el artículo 43 de la Constitución Política dispone que la mujer durante el embarazo y después del parto, goza de especial asistencia y protección del Estado. Sobre el alcance de la protección que el Estado debe prodigar a la mujer después del parto, la Corte Constitucional ha fijado reglas que constituyen mandato ineludible de interpretación para todas las instancias jurídicas y cuya inobservancia trae como consecuencia el demerito de las garantías fundamentales en condición de gravidez o lactancia

En atención a tal preceptiva, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo reconoce el goce y pago de un descanso remunerado por maternidad, también denominado licencia de maternidad. Dicha prestación tiene una doble connotación. Por una parte, la licencia de maternidad brinda un descanso a la madre a efectos de la recuperación del parto y la posibilidad de ofrecer al recién nacido todas las atenciones que requiere; por otro lado, se encuentra dirigido a garantizar el mínimo vital de la madre como del menor de edad.

En línea a lo anterior, sobre la importancia de la licencia de maternidad, en la Sentencia T-999 de 2003, el alto Tribunal de lo constitucional del país precisó que:

“a. En principio se trata de un derecho prestacional y, en consecuencia, no susceptible de protección por vía del amparo constitucional. No obstante, cuando se halla en relación inescindible con derechos fundamentales de la madre o del recién nacido - tal es el caso de los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud -, el derecho al pago de la licencia de maternidad configura un derecho fundamental por conexidad y, por tanto, susceptible de protección por vía de tutela. (Sentencias T-175/99, T-210/99, T-362/99, T-496/99, T-497/02 y T-664/02).

b. 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).

c. 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).

d. 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). (Subrayado y resaltado fuera del texto).

e. Para que la vulneración del mínimo vital por la falta de pago de la licencia de maternidad genere amparo constitucional es preciso que el cumplimiento de esa prestación económica sea planteado por la madre ante los jueces de tutela dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo, de conformidad con la última jurisprudencia [de la Corte]..., conforme a la cual "siendo la voluntad del Constituyente que los derechos del niño prevalezcan sobre todos los de los demás, y que durante el primer año de vida gocen de una protección especial, el plazo para reclamar el derecho a la licencia por vía de tutela no puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de la Constitución Política o sea 364 días y no 84 como hasta ahora lo había señalado jurisprudencialmente esta Corporación"¹.

De allí, que pueda afirmarse que en el marco de la protección a la mujer en condición de lactancia, así como del recién nacido, el percibir el pago de la licencia de maternidad permite la garantía de condiciones que permiten afrontar las vicisitudes propias del parto y crianza de un recién nacido.

Incluso, se torna de tal importancia el pago de la licencia de maternidad, que la jurisprudencia constitucional ha señalado que si bien las pretensiones de orden monetario no son procedentes en sede de acción de tutela, dicha regla se exceptúa en caso de licencia de maternidad, de la cual, su reclamo, es procedente mediante el amparo tuitivo del art. 86 superior.

En línea a lo anterior, la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia T-1116 de 2005 señaló:

"La madre podrá reclamar a través de la acción de tutela el pago de la licencia arbitrariamente negada, dentro del año siguiente al parto, cuando: **(1) cumpla con los requisitos legales para acceder al derecho, y (2) se vulnere su derecho al mínimo vital.**

Se presume la vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y su hijo o hija recién nacida si ella devenga un salario mínimo o si el salario es su única fuente de ingreso. Esta presunción se ve reforzada si se trata de madres cabezas de familia. Sin embargo, la Corte ha considerado que la EPS o el empleador pueden desvirtuar la presunción de afectación del mínimo vital, demostrando, por

¹ T 999 de 2003, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

ejemplo, que la actora tiene ingresos muy superiores a aquellos que originan tal presunción o que tiene otras fuentes de ingreso suficientes para satisfacer sus necesidades.

Finalmente, la acción procede sólo si es interpuesta dentro del año siguiente al nacimiento del o la menor, pues pasado este tiempo se entiende que no existe conexidad entre el no pago de la licencia de maternidad y la posible afectación del derecho al mínimo vital.

En virtud de lo anterior, corresponde al juez de tutela verificar el cumplimiento de los requisitos mencionados para acceder a la licencia de maternidad, así como determinar si es procedente la reclamación de la misma a través de la acción de tutela." (**negrilla del despacho**).

En suma, el descanso remunerado con ocasión de un parto es una prerrogativa cuya importancia radica en permitir el goce de unas condiciones adecuadas, por lo menos en lo monetario, para que la madre y el recién nacido puedan afrontar las consecuencias de una alumbramiento. Es tal la importancia de tal prerrogativa que, incluso, ha entendido la jurisprudencia que es de incumbencia constitucional, comportando ello la posibilidad que su reclamo sea viable mediante la acción de tutela.

Con sustento en las precisiones legales y jurisprudenciales antes hechas, dentro del presente asunto se tiene por probado que el día 2 de agosto de 2023, la accionante dio a luz a su hija. A raíz de ese hecho, se expidió el certificado de incapacidad No, 0001320396. Su inicio era el 3 de agosto de 2023 y la finalización el 6 de diciembre de 2023, on una duración de 126 días (fl. 37, archivo digital "02Anexo.pdf").

No obstante lo anterior, a la fecha no se ha realizado el pago de la incapacidad concedida; la accionada, según señaló su contraparte, argumentó que realizaría el desembolso dentro de los próximos 3 a 5 meses.

Dicha mora en el desembolso de los dineros, ciertamente, comporta la vulneración de las garantías de la señora **Grajales Mesa** y, por esa senda, también de su hija recién nacida. A continuación los fundamentos de esa conclusión.

Sustraer la posibilidad de un ingreso económico, pretermite la posibilidad que **Erika Liliana Grajales Mesa** asegure unas condiciones mínimas para su subsistencia e incluso el de su hija. No puede perderse de vista que la crianza y manutención de un niño de 3 meses de edad exige un considerable costo, luego privar la posibilidad de obtener un ingreso para suplir dicha necesidad, no es admisible desde el punto de vista constitucional.

De igual manera, la omisión en el pago desconoce los postulados que el legislador –ordinario o extraordinario- ha establecido en favor de la población como parte del régimen de seguridad social. Existiendo el derecho en favor de la trabajadora que ha dado a luz, respecto de, primero, lograr reposo por el parto y, segundo, en tanto ello sucede percibir una remuneración, diluye el derecho señalado en el art. 48 superior, en especial, el deber de solidaridad que contiene dicho postulado.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que los dineros derivados del otorgamiento de una incapacidad, cualquiera que sea su causa, contribuyen que la persona imposibilitada para laborar pueda recuperar su estado de salud de manera adecuada, en tanto le garantiza un ingreso mientras ello sucede. Así las cosas, privar de una erogación económica, conlleva a forzar, en este caso, a la madre a retornar a sus labores sin haberse recuperado totalmente y, de igual manera, desproveyendo al recién nacido del cuidado que pueda brindarle su progenitora. Pudiendo concluirse de lo anterior, que ello influye negativamente en la salud de madre e hijo.

Ahora bien, el Despacho debe dar por cierto el hecho endilgado a la convocada de parte de la accionante, en cuanto a que se alegó que el pago de la licencia de maternidad tardaría de 3 a 5 meses. Ese hecho no fue controvertido por **Famisanar EPS**, pues su contestación fue, a consideración de esta instancia, genérica y sin miramientos al caso expuesto.

Teniendo en cuenta las disquisiciones hechas, se ampararán los derechos alegados, y en consecuencia se ordenará a **Famisanar EPS**, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de 48 horas –contado a partir de la notificación de la presente-, proceda a realizar el desembolso de la licencia de maternidad –total o proporcional, según sea el caso- a la cual **Erika Liliana Grajales Mesa** tiene derecho, según lo expuesto.

IV. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Treinta y Cinco Civil Municipal de Bogotá D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital, seguridad social, salud y vida digna, vulnerados a **Erika Liliana Grajales**

Mesa y María Victoria Rojas Grajales por parte de **Famisanar EPS**, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a **Famisanar EPS**, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de 48 horas –contado a partir de la notificación de la presente-, proceda a realizar el desembolso de la totalidad de la licencia de maternidad –total o proporcional, según sea el caso- a la cual **Erika Liliana Grajales Mesa** tiene derecho, según lo expuesto.

TERCERO: ORDENAR la notificación de lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito y eficaz de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 16 del decreto 2591 de 1991.

CUARTO: DISPONER la remisión de lo actuado ante la Honorable Corte Constitucional, en caso de no ser impugnada esta providencia.

Notifíquese y cúmplase,

La Jueza,

DEISY ELISABETH ZAMORA HURTADO

DS

Firmado Por:
Deisy Elizabeth Zamora Hurtado
Juez
Juzgado Municipal
Civil 035
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: **86668378da27a1c924453a90fd875bd376d3cb4f798f707833eb090f69773220**

Documento generado en 07/11/2023 08:47:36 PM

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