



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Juzgado 5° Civil Municipal de Bogotá
Carrera 10 No. 14-33 piso 5 Teléfono/Fax: 2815639
cmpl05bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., nueve (9) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

REF.: ACCIÓN DE TUTELA No. 110014003005-2023-00064-00
ACCIONANTE: DIANA MARCELA RICAURTE PORRAS
ACCIONADA: EPS FAMISANAR S.A.S.

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez rituado en legal forma el trámite adecuado.

I. ANTECEDENTES:

1. HECHOS

Indicó la accionante que el 18 de noviembre de 2022, dio a luz a su hija, por lo que se expidió orden médica de licencia de maternidad del 20 de noviembre de 2022 al 23 de marzo de 2023. Añadió que acudió a la EPS para el reconocimiento y pago de dicha licencia, sin embargo, le indicaron que no procedía la liquidación de la licencia de maternidad, en razón a que el pago de los aportes los realizó de manera extemporánea.

Agregó que su situación económica es precaria por lo que la negativa de la EPS de pagar la licencia de maternidad afecta su mínimo vital, pues es el único sustento con el que cuenta para sobrevivir junto con sus menores hijos.

2. LA PETICIÓN

Solicitó se amparen sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y seguridad social, y en consecuencia, ordenar a FAMISANAR EPS S.A.S. *“que proceda y disponga de manera inmediata, a reconocer y pagar la licencia de maternidad a que tengo derecho.”*.

II. SINTESIS PROCESAL:

Por auto de 25 de enero del año en curso, se admitió la acción y se ordenó notificar a la accionada.

EPS FAMISANAR S.A.S.

Dio contestación a la acción constitucional, oponiéndose y solicitando se niegue por improcedente. En ese sentido indicó que *“LAS INCAPACIDADES SOLICITADAS POR LA USUARIA FUERON NEGADAS PUESTO QUE LOS PAGOS DE COTIZACIÓN A SALUD FUERON EXTEMPORÁNEOS, POR LO CUALNO TIENE DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD REQUERIDA.”*, por otro lado, manifestó que, *“de la misma corresponde a una petición de carácter ESTRICTAMENTE PATRIMONIAL, y de ninguna forma se relaciona con la violación de un derecho fundamental como la salud o la vida. La acción de tutela no es un mecanismo de resarcimientos patrimoniales”*. Conforme a lo anterior, solicitó se deniegue la presente acción de tutela y se declare improcedente la misma.

III CONSIDERACIONES

3.1.- LA ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, 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, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela en consecuencia, es viable cuando quiera que un derecho fundamental constitucional se encuentre bajo amenaza o vulneración, situación que deberá ser demostrada o probada, por quien reclama su protección.

4- CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, la accionante reclama, entre otros, la protección del derecho fundamental constitucional al Mínimo Vital consagrado en la Carta Magna, el cual considera vulnerado por cuanto la accionada EPS no le ha reconocido ni cancelado el valor correspondiente a la licencia de maternidad a que, según su dicho, tiene derecho.

Para ello aporta documento expedido por la Clínica EUSALUD, que da cuenta que a la demandante le fue expedida *“INCAPACIDAD MATERNIDAD”* desde el *“18/11/2022”* hasta el *“23/03/2023”*, al igual que obra prueba documental respuesta de la accionada en la que le indica que *“no es procedente liquidar su Licencia de Maternidad No.*

9314031 con fecha inicio del 18 de noviembre de 2022 por ciento veintiséis (126) días. Lo anterior, teniendo en cuenta que usted en calidad de cotizante independiente realizó el pago de sus aportes, de forma extemporánea después del segundo (2°) día hábil del mes; según Decreto 1427 de 2022 Capítulo 2 Licencia de maternidad y de paternidad.”.

Al respecto, es preciso traer a colación la sentencia T-335 de 2009, en la que expresó:

“Con relación al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la Corte Constitucional ha admitido por vía de excepción, la procedencia de la acción de tutela, previa ponderación de los hechos y circunstancias especiales de cada caso concreto, teniendo en cuenta que la mujer embarazada y su hijo gozan de especial protección del estado, no sólo en virtud de los artículos 43 y 44 de la Constitución Política, sino por haber ratificado innumerables tratados y convenios internacionales, los cuales, de acuerdo con el artículo 93 de la Carta integran el bloque de constitucionalidad y tienen fuerza vinculante tanto para las autoridades de la República como para los particulares.^[6]

Así por ejemplo, la sentencia T-094 de 2008, reiteró las reglas jurisprudenciales que se han sentado para que el no pago de la licencia de maternidad genere amparo constitucional, las cuales se resumen sucintamente de la siguiente manera:

- i) Cuando se amenaza el mínimo vital de la madre, el cual se presume afectado cuando esta devenga un salario mínimo o cuando su salario es la única fuente de ingreso.
- ii) La afectación del mínimo vital se prueba sin mayores formalidades y en su valoración se parte del principio de la buena fe.
- iii) El reconocimiento y pago de la licencia de maternidad se hace a través de las entidades promotoras de salud.
- iv) El juez constitucional debe dar primacía al derecho sustancial y recordar que todo requerimiento que desconozca los derechos constitucionales de la madre desconoce la Carta Fundamental.
- v) **Cuando el empleador cancela de manera tardía las cotizaciones en salud y no ha sido requerido por la EPS demandada o su pago no ha sido rechazado, se entiende que ésta se allanó a la mora del empleador, y por lo tanto está obligada a pagar la licencia de maternidad^[7].**
- vi) El cumplimiento de esta prestación económica debe plantearse por la madre ante los jueces de tutela dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo.

*Puede concluirse entonces que por regla general, en virtud del principio de subsidiariedad, la acción de tutela es improcedente para ordenar el reconocimiento y pago de una licencia de maternidad. Con todo, y solo de manera excepcional, el amparo será procedente si el juez de tutela al analizar el caso concreto advierte fundamentalmente, que **con el no pago de la licencia de maternidad se afecta el mínimo vital de la madre, dado que los derechos de esta y los de su hijo, están protegidos constitucionalmente por los artículos 43 y 44 de la Carta**".*

Dentro de las pruebas obrantes en el proceso de tutela, y de la contestación que realizó la EPS, si bien aparece que los pagos efectuados lo fueron de manera extemporánea, lo cierto es que la EPS se allanó a la mora al haber recibido dichos pagos.

Ahora, la actora en su escrito de tutela manifestó que, "*mi situación actual socio económica como accionante y la de mi núcleo familiar: es precaria, pues como cabeza de hogar, no cuento con sustento fijo, trabajo de manera independiente como maestra*", lo cual, "*se está afectando mi mínimo vital, pues es el único sustento con el que cuento en estos momentos para sobrevivir junto con mis menores hijos*"; afirmación que no fue desvirtuada por la accionada¹. En criterio del Despacho, el no pago de la mentada prestación puede poner en riesgo la subsistencia de la peticionaria y de su hijo, sin que ninguna prueba se hubiese aportado por la convocada a fin de desvirtuar ello.

Puestas así las cosas se ha de conceder el amparo deprecado, por lo que se ordenará a la EPS FAMISANAR S.A.S., que, en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, reconozca y pague a la señora DIANA MARCELA RICAURTE PORRAS, la licencia de maternidad de conformidad con lo expuesto en precedencia.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONCEDER la tutela reclamada por la señora **DIANA MARCELA RICAURTE PORRAS**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

¹ "*Para no hacer dicha carga gravosa para la peticionaria, el solo hecho de afirmar que existe vulneración del mínimo vital, teniendo en cuenta que este remplazaría el salario como medio de subsistencia, es una presunción a la que debe aplicarse el principio de veracidad, en pro de la protección a los niños*". (Sentencia T-503 de 2016)

SEGUNDO- ORDENAR a EPS FAMISANAR S.A.S, que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, reconozca y pague a la señora **DIANA MARCELA RICAURTE PORRAS**, la licencia de maternidad de acuerdo a lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO- Notifíquese la presente decisión a los extremos de la acción por el medio más idóneo o expedito posible.

CUARTO- Si la presente decisión no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISION. Oficiese. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,



JOSÉ NEL CARDONA MARTÍNEZ
JUEZ