



JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL

Bogotá D. C., cinco (5) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA.

REF.: ACCIÓN DE TUTELA No. 11 0014003005-2024-00349-00

ACCIONANTE: GISELL DANIELA VASQUEZ FLOREZ

ACCIONADA: EPS FAMISANAR S.A.S. y ASOCIACION ESPERANZA Y PROGRESO (última vinculada de manera oficiosa).

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

ANTECEDENTES:

Dentro de la relación fáctica que diera origen a la presente acción se puede resumir así:

- a) Que desde 9 de septiembre del 2022 la actora se encuentra afiliada a FAMISANAR E.P.S en calidad de cotizante como empleada en el régimen contributivo.
- b) Que desde el 22 de octubre de 2023 se generó la licencia de maternidad con ocasión al nacimiento de su hija con fecha de finalización del día 16 de marzo de 2024. (147 días).
- c) Que el 25 de enero del año que avanza radicó ante la EPS accionada la solicitud para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.
- d) El 24 de febrero del presente año la EPS dio respuesta a la solicitud la que fue negada por cuanto los pagos se hicieron de manera extemporánea.

DERECHO FUNDAMENTAL VIOLADO:

Aduce como derechos vulnerados al mínimo vital, salud con conexidad a la seguridad social.

ACTUACION PROCESAL:

Al corresponder el conocimiento de la acción a este Despacho y una vez cumplidos los requisitos legales, por auto del veinte (20) del marzo del 2024, se admitió el libelo y ordenó oficiar a la accionada como a la vinculada, quien dentro del término legal dio contestación así:

FAMISANAR S.A.S.: *“se observa que el empleador no efectuó todos los pagos correspondientes al sistema general de seguridad social, es indispensable que el empleador cumpla con dicha obligación más aun en la etapa de gestación y para la época en que va a gozar la licencia de maternidad la accionante, tal y como lo indica la norma”* y por tanto solicita negar la presente acción por improcedente por cuanto no se ha vulnerado derecho alguno.

La ASOCIACION ESPERANZA Y PROGRESO guardo silencio.

Para resolver, se

CONSIDERA:

La viabilidad de la presente acción constitucional está circunscrita a la no existencia de otros mecanismos judiciales de defensa válido e idóneo que permitan hacer cesar la perturbación o prevenirla. Esta última eventualidad es la que pretorianamente se conoce como el principio de subsidiaridad, según el cual la acción de tutela no está llamada a prosperar siempre que existan otros medios de amparo a los que se puede acudir para obtener la protección del derecho constitucional fundamental supuestamente conculcado, a menos que se intente o promueva como mecanismo transitorio.

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.

En el caso bajo estudio, la accionante reclama la protección del derecho fundamental constitucional a la salud con conexidad a la seguridad social, mínimo vital, vida digna consagrados en la Carta Magna, el cual considera violado por cuanto la accionada no le ha reconocido, ni cancelado el valor correspondiente a la licencia de maternidad a que tiene derecho.

Las reglas jurisprudenciales que, en aras de garantizar el derecho a la igualdad de trato jurídico (art. 13 C.P.) de las accionantes, deben aplicarse para resolver el problema jurídico planteado ya han sido fijadas la Corte Constitucional que reiteradamente ha resaltado cómo la licencia de maternidad no constituye una prestación económica más a la que tiene derecho la mujer trabajadora por mandato del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo (modificado por el art. 2° de la Ley 2114 de 2021), sino que constituye una de las manifestaciones más importantes de la protección especial que por mandato de la propia Constitución Política y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, conforme a los cuales deben interpretarse las disposiciones de la Carta Política por mandato del artículo 93 Superior, ha de prodigarse a la mujer durante el embarazo y después del parto (art. 43 Superior).

Ahora bien, la acción de tutela para reclamar derechos de carácter eminentemente laboral, en principio, no procede como quiera que le asiste al peticionario otro u otros mecanismos de defensa judicial para obtener el pago de las acreencias laborales reclamadas; sin embargo, la jurisprudencia ha sido reiterativa al indicar, que existen ciertas circunstancias en las cuales, por excepción, la acción de tutela ampara dichos derechos, esto es, en tratándose de aquellos eventos en que se demuestre el riesgo inminente o el perjuicio irremediable, es decir, aquellas situaciones de riesgo de perder o sufrir un perjuicio a la que se encuentra sometido el peticionario en caso de que no se le preste una ayuda pronta y efectiva, comprometiendo derechos fundamentales. Para el caso de marras, la jurisprudencia ha sido diáfana, señalando que es posible amparar por vía de tutela el derecho al pago de la licencia de maternidad, siempre y cuando se demuestre el perjuicio irremediable, que para el caso en concreto resulta ser la afectación del mínimo vital de la accionante, si se tiene en cuenta que se trata de

persona que devenga un poco más del salario mínimo y de quien no se demuestra algún otro tipo de ingreso económico diferente al salario; además, de que se demuestre que efectivamente hay lugar a la causación de dicha prestación económica; así mismo, ha estatuido como requisitos de procedibilidad el que se solicite antes de cumplido un año luego de la expiración de la licencia y que el empleador haya sido cumplido con el pago de las mesadas de cotización que conforme a la ley se requieren para efectos de acceder a dicho derecho, so pena de que a él y no a la entidad promotora del servicio de salud sea a quien, legalmente, le corresponda el reconocimiento de dicha prestación.

Teniendo en cuenta que la licencia de maternidad tiene como finalidad ofrecer a la madre y su hijo el descanso y la atención necesaria, aunado a las especiales circunstancias en que se encuentran, resulta claro que, si con la omisión referida por la accionante esta atención se está perturbando, ha de considerarse como procedente el amparo tutelar deprecado.

Sobre el particular vale la pena traer a colación lo expuesto en la sentencia T-568 de 1996, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz, en donde se expresó:

"... la licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre..."

De allí que la licencia de maternidad, tenga una doble finalidad, puesto que, por una parte, brinda un descanso a la madre para que se recupere del parto (art. 43 C.P.) posibilitando que el recién nacido reciba todas las atenciones que requiere (arts. 44 y 50 C.P.); y por la otra, garantizar el mínimo vital y la dignidad humana de éstos. En estas condiciones dicha protección está dirigida tanto a la madre como al hijo desde el mismo momento de la concepción.

De lo expuesto se infiere que cuando una entidad promotora de salud tramita y decide una petición de reconocimiento y pago de una licencia de maternidad de una de las trabajadoras afiliadas ya como independiente o como dependiente, el pronunciamiento excede el ámbito de la relación EPS-Usuario para involucrar también los derechos prevalentes del recién nacido (art. 44 y 50 C.P.) que deben ser interpretados a la luz del principio de interés superior del menor.

Ahora bien, el Decreto 1427 del 2022 por el cual se reglamentan las prestaciones económicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, dispone en el Artículo 2.2.3.2.1 que se deben cumplir con algunas condiciones para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, entre ellos, *"se requerirá que la afiliada, acredite las siguientes condiciones al momento del parto: 1. Estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante y en estado activo, 2. Haber efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación, 3. Contar con el certificado de licencia de maternidad expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta.*

Habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando el pago de la totalidad de las cotizaciones correspondientes al período de gestación se haya realizado máximo en la fecha límite de pago del período de cotización en el que inicia la licencia junto con sus intereses de mora, cuando haya lugar", entre otras.

En la actualidad se han vuelto rutinarios aquellos casos en que se solicita por parte de la madre trabajadora la licencia de maternidad a su Entidad Promotora de Salud y ésta niega dicha prestación aduciendo que el período de gestación y el período de cotización no coinciden, no cumpliendo así con uno de los requisitos impuestos por la norma ya mencionada que regulan el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, no obstante estar acreditada la afectación al derecho al mínimo vital de la mujer después del parto y de su bebé recién nacido, sujetos éstos de especial protección por parte del Estado (arts. 43, 44 y 50 C.P.).

“La Corte Constitucional ha sostenido que la falta de cotización durante uno o varios meses de gestación no puede suponer la negativa al pago por parte de las EPS. Al respecto, estructuró las siguientes dos reglas de decisión: «La primera regla es que, si la afiliada cotizante no aportó durante más de dos meses de su gestación, podrá recibir una prestación económica por licencia de maternidad proporcional al tiempo cotizado. La segunda regla es que, si la afiliada cotizante no cotizó durante dos meses o menos de su gestación, tendrá derecho a recibir la totalidad de la prestación económica asociada con su licencia de maternidad»¹

Señalo así mismo frente a la *“Inviabilidad de la negativa al pago de la licencia de maternidad por mora en las cotizaciones. En relación con asuntos en los cuales las EPS han negado el pago de la prestación que se analiza por la mora en las cotizaciones efectuadas por quien dio a luz, la jurisprudencia constitucional ha destacado que «[e]n virtud de la doctrina desarrollada por esta corporación relativa al “allanamiento en la mora”, las E.P.S. se encuentran imposibilitadas para negarse a efectuar el reconocimiento de una incapacidad laboral cuando quiera que se efectuó el pago extemporáneo de las cotizaciones por parte del empleador o del trabajador independiente y se omitió rechazar su pago o emprender las acciones legales orientadas a su cobro judicial”²*

Ahora respecto a las condiciones previstas en el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 de 2022 citado la Corte en sentencia T-532 de 2023 ya citada ha dicho que:

“los aportes a la seguridad social durante el periodo de gestación deben haberse efectuado para el momento de iniciar el periodo de licencia, con los intereses de mora que pudieron haberse ocasionado durante el periodo de gestación. Es decir, que para el momento de inicio de la licencia todos los aportes mensuales deben haber sido pagados. Lo anterior, sin importar que hayan generado intereses de mora, que también deben haber sido sufragados para entonces. De ahí que el Ejecutivo haya previsto que el pago incluye los «intereses de mora, cuando haya lugar».

La norma no exige que las cotizaciones sean pagadas dentro de algún término específico, durante todos y cada uno de los meses de gestación, como condición para el reconocimiento y pago de la prestación. Cuando prevé la necesidad de que el pago de los aportes se haya efectuado «máximo en la fecha límite de pago», se refiere únicamente a la fecha límite de pago de un periodo específico de cotización; no de los demás. Aquel periodo es, particular y específicamente, el «periodo de cotización en el que inicia la licencia». De tal suerte, según la norma en comento, la persona gestante tiene hasta ese momento para hacer el pago de los aportes pendientes, junto con el monto de los intereses que hayan podido generar los pagos extemporáneos efectuados

¹ Sentencia T-014 de 2022. Citada en la sentencia T-532 de 2023 M.P.: Paola Andrea Meneses Mosquera de fecha 4 de diciembre del 2023.

² Sentencias T-458 de 1999; T-765, T-906, T-950, T-1472 y T-1600 de 2000; T-473, T-694, T-736 y T-1224 de 2001; T-211, T-707, T-844, T-880, T-885 de 2002; T-386, T-460, T-553, T-999, T-986, T-1014, T-1068 y T-1073 de 2003; T-196, T-284, T-389, T-615, T-504, T-636, T-640, T-641, T-665, T-729, T-788, T-845, T-869, T-891, T-897, T-922, T-929, T-1010, T-1023, T-1104, T-1106, T-1108 y T-1165 de 2004; T-019, T-044, T-090, T-091, T-147, T-157, T-271, T-273, T-279, T-350, T-355, T-375, T-394, T-446, T-488, T-559, T-574, T-587, T-597, T-615, T-636, T-682, T-787, T-788, T-790, T-791, T-794, T-825, T-921, T-947, T-1017, T-1019, T-1072, T-1147, T-1205, T-1241, T-1297, T-1305 y T-1324 de 2005; T-005, T-105, T-150, T-182, T-202, T-208, T-210, T-218, T-336, T-347, T-360, T-371, T-408, T-409, T-414, T-437, T-459, T-481, T-543, T-569, T-603, T-674, T-946, T-983, T-1011, T-1024, T-1058 y T-1089 de 2006; T-003, T-008, T-032, T-034, T-039, T-088, T-122, T-194, T-204, T-228, T-283, T-298, T-323, T-350, T-505, T-530, T-575, T-576, T-597, T-598, T-610, T-629, T-667, T-671, T-707, T-708, T-717, T-758, T-843, T-976 de 2007; T-136, T-556, T-1160, T-1208, T-781 y T-794 de 2008; T-335 de 2009; T-526 de 2019 y Sentencia T-529 de 2017. Citada en la sentencia T-532 de 2023 M.P.: Paola Andrea Meneses Mosquera de fecha 4 de diciembre del 2023.

durante todo el periodo de gestación.

Pago extemporáneo del periodo de cotización en el que inicia la licencia de maternidad. La norma reglamentaria establece, entonces, que las cotizaciones durante el periodo gestacional deben haberse efectuado, con los intereses moratorios que se hubieren causado, máximo en la fecha límite de pago del mes en el que inicie la licencia de maternidad. Esta previsión no puede interpretarse como una condición adicional para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Se reitera que aquellas condiciones son únicamente tres, y, respecto del pago de aportes, la oportunidad en el pago no es condición de acceso a la prestación.

Para la Sala de Revisión, es claro que el contenido normativo del inciso segundo del mencionado artículo 2.2.3.2.1 es tan solo una precisión normativa. De haber optado por consolidarla como una cuarta condición, el Ejecutivo la habría enlistado junto con los tres requisitos consignados en el primer inciso. Al no hacerlo, la falta de acreditación de aquel pago en el límite temporal impuesto no puede obstaculizar el acceso a la licencia.

De otro lado, cabe enfatizar que en ejercicio de sus facultades reglamentarias, el Ejecutivo expide normas infra constitucionales e infra legales. A través de estas debe materializar los mandatos constitucionales y legales; los primeros comprenden la jurisprudencia emitida por esta corporación, como intérprete autorizado de los mandatos superiores. Correlativamente, la interpretación de las normas reglamentarias debe efectuarse en un sentido armónico con la carta.

Bajo este supuesto, la Sala Séptima de Revisión insiste en que desde el punto de vista constitucional, no es razonable que la extemporaneidad en el pago de las cotizaciones del periodo de gestación y su aporte por fuera de la fecha de pago prevista para el periodo de cotización en el que inicie la licencia de maternidad obstaculice, por sí misma, el reconocimiento y pago de dicha prestación. Una interpretación armónica de la disposición con las garantías ius fundamentales asociadas a la licencia de maternidad, impone entender el contenido normativo en función del allanamiento a la mora.

En tal sentido, es inadmisibles que el pago de la licencia de maternidad sea negado porque las sumas correspondientes a cotizaciones e intereses de mora causados durante el periodo de gestación no hubieren sido canceladas antes de la fecha límite de pago del periodo en que inició la licencia de maternidad, si la EPS no se opuso al aporte tardío y no efectuó acciones tendientes a perseguir su pago efectivo. Sin haberlo hecho, se habrá allanado a la mora y habrá recibido las cotizaciones sin reparos, estando en imposibilidad de rehusar el pago de la prestación.

Comprender la norma bajo la mirada del simple pago extemporáneo, sin considerar el allanamiento a la mora, contraría los postulados superiores. Dicha interpretación no solo es contraria a la jurisprudencia constitucional en materia de licencia de maternidad; también implica que a través de una norma de rango reglamentario —no legal ni constitucional— el ordenamiento jurídico desatendería el mandato de progresividad y de no regresividad en materia de seguridad social. Desconocer el allanamiento a la mora y darle efectos adversos al simple pago extemporáneo de las cotizaciones para negar la licencia de maternidad, aunque solo sea en el último mes de gestación, implicaría la adopción de una medida regresiva, que reduce las posibilidades de reconocimiento de aquella prestación pese a que las cotizaciones se hayan efectuado”. (se resaltó)

En el sub-lite según lo informó la EPS, la actora se encuentra activa en el sistema de seguridad social desde el 21/09/2019 ahora conforme a la documental que allega la actora se porta un contrato laboral con fecha de inicio del 1 de febrero del 2023 hasta 30/06/2023 prorrogable.

Ahora frente a la negativa para el no pago de la licencia de maternidad por parte de la EPS se funda únicamente en que “el empleador no efectuó todos los pagos correspondientes al sistema general de seguridad social, es indispensable que el empleador cumpla con dicha obligación más aun en la etapa de gestación y para la época en que va a gozar la licencia de maternidad la accionante, tal y como lo indica la norma”. De manera que la entidad promotora de salud no tuvo en cuenta al negar la licencia de maternidad que la persona a favor de la cual se reclamaba la prestación económica era sujeto de especial protección por parte del Estado.

Aunado a ello y como lo expuso la Corte entre los requisitos en listados para el reconocimiento de la licencia de maternidad previstos en el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 de 2022 no se encuentra el que *“las cotizaciones sean pagadas dentro de algún término específico, durante todos y cada uno de los meses de gestación, como condición para el reconocimiento y pago de la prestación”*

Además, la falta del cumplimiento a las disposiciones legales cometidas por el empleador ASOCIACION ESPERANZA Y PROGRESO, por el no pago de las prestaciones sociales de sus trabajadores no puede ser el fundamento de la entidad para este caso la EPS FAMISANAR S.A.S para negar un derecho que no sólo la afectaba a la actora, sino que también implicaba una lesión para el mínimo vital de su hija recién nacida que al ser menor de un año de edad no sólo tiene protección especial por esta circunstancia (art. 50 C.P.), sino, por su condición de niño (art. 44 C.P.). En este caso, debió observarse tanto en sede de la E.P.S. tutelada como al momento de resolver el reclamo de protección constitucional el principio de interés superior del menor.

Para el Despacho, no existe duda que el no pago de la licencia de maternidad solicitada por la señora GISELL DANIELA VASQUEZ FLOREZ afecta su mínimo vital y el de su hija, lo cual en manera alguna fue desvirtuado por la accionada. Debe tenerse en cuenta sobre este aspecto cómo lo que ha de entenderse por mínimo vital en tratándose de mujeres trabajadoras que se encuentran en fase post parto ha de valorarse a partir de las reales circunstancias a que ellas se enfrentan.

Por último, al haberse aceptado el pago de los meses posteriores al parto por fuera del término por parte de EPS FAMISANAR S.A.S, ésta se allanó a la mora y, por tanto el no cancelar en los términos la licencia de maternidad a la que tiene derecho se le ha afectado su derecho fundamental a la salud con conexidad a la seguridad social, mínimo vital, vida digna, hechos que no desvirtuó la accionada, razón por la cual habrá de tenerse como plenamente demostrado que a la accionante se le está vulnerando los derechos deprecados, si se considera que se trata de una trabajadora que depende del ingreso que devenga de su labor, además que conforme a la jurisprudencia en cita y la respuesta allegada por la accionada, la mora se presentó durante el periodo de gestación, pero se realizaron pagos posterior al parto, luego el reconocimiento y pago de la licencia debe ser en su valor total, por lo cual se tutelaré el amparo constitucional, ordenando a la EPS FAMISANAR S.A.S realice el pago de la totalidad de la licencia de maternidad de la señora GISELL DANIELA VASQUEZ FLOREZ.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER el amparo constitucional reclamado por la ciudadana GISELL DANIELA VASQUEZ FLOREZ, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la EPS FAMISANAR S.A.S accionada que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, reconozca y pague a GISELL DANIELA VASQUEZ FLOREZ, la licencia de maternidad a la que tiene derecho, en un 100%, tal y como se expuso en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE la presente decisión a los extremos de la acción en forma personal o por el medio más idóneo o expedito posible.

CUARTO: ORDENAR, igualmente, que, en caso de no ser impugnada ésta providencia, se remita la misma a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Daniel Mauricio Meneses Naranjo', written in a cursive style.

DANIEL MAURICIO MENESES NARANJO
JUEZ