



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
CIRCUITO JUDICIAL DE GARAGOA  
JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL

Garagoa, Boyacá, trece (13) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA.  
Accionante: LORENA YURLEY DIAZ ROJAS Y LIAM ALEJANDRO  
MONTENEGRO DIAZ  
Accionadas: FAMISANAR EPS.  
Vinculadas: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA  
GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES,  
SECRETARÍA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE  
BOYACÁ, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y  
MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL  
Radicado: 152994089001-2023-00009-00.

Sentencia No. **005**

**Temas.** Protección constitucional y legal de la maternidad. Presunción de vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y el menor infante, por la falta de reconocimiento de la licencia de maternidad. Allanamiento en la mora.

Procede el Juzgado a resolver la acción de tutela de la referencia dentro de la oportunidad legal pertinente.

### 1. IDENTIFICACIÓN DEL TEMA DE DECISIÓN.

Se decide en primera instancia la acción de tutela propuesta por la señora LORENA YURLEY DIAZ ROJAS, quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hijo LIAM ALEJANDRO MONTENEGRO DIAZ contra Famisanar EPS, por medio de la cual solicita se le protejan los derechos fundamentales a la seguridad social, salud, vida en condiciones dignas, mínimo vital y se ordene a la accionada que reconozca y pague las 18 semanas correspondientes a la licencia de maternidad, a las que considera tiene derecho.

Como sustento fáctico, la quejosa señaló que se halla afiliada a la EPS Famisanar como cotizante independiente, y que el pasado 12 de diciembre nació su menor hijo LIAM ALEJANDRO, que posterior al alumbramiento el día 19 de diciembre remitió a su EPS los documentos requeridos para reclamar la licencia de maternidad (correspondiente a 18 semanas o 126 días), lo que conllevó a que el 22 del mismo mes y año se le solicitara la incapacidad otorgada, requerimiento que acató allegando en la misma fecha el documento expedido para el efecto por el Hospital.

Refiere que el día 26 de diciembre vía correo su EPS le informó el número del radicado de su solicitud y el término que tenían para resolver (15 días),

Tutela Rad. 152994089001-2023-00009-00.

Accionante: LORENA YURLEY DIAZ ROJAS Y LIAM ALEJANDRO MONTENEGRO DIAZ

Accionada: FAMISANAR EPS Y OTROS VINCULADOS.

no obstante ello dice haberse comunicado con su entidad el día 19 de enero del cursante año para averiguar por la respuesta, momento en el que se le informa un nuevo radicado y plazo para resolver (5 días), fenecidos los cuales se comica nuevamente el 26 de enero habiéndosele informado que debía continuar esperando la respuesta, situación esta que afecta sus derechos y los de su hijo dado que requieren del pago de la licencia de maternidad para su sustento como quiera que no cuentan con otros recursos.

## **2. PROBLEMA JURÍDICO**

En el presente asunto se ha de determinar si FAMISANAR EPS vulnera a la señora LORENA YURLEY DIAZ ROJAS Y SU LIAM ALEJANDRO MONTENEGRO DIAZ sus derechos fundamentales a la seguridad social, salud, vida en condiciones dignas, al no reconocer y pagar de forma efectiva la licencia de maternidad.

Igualmente ha de analizarse si una EPS puede negarse al reconocimiento de una licencia de maternidad cuando se ha allanado a la mora en el pago de cotizaciones.

## **3. CRÓNICA DEL PROCESO O ANTECEDENTES**

3.1. Mediante providencia de fecha 2 de febrero de 2023, se admitió la acción de tutela, se ordenó notificar de manera inmediata a la accionada, para que en el término de dos (2) días emitiera su pronunciamiento al respecto.

De otro lado, se dispuso la vinculación oficiosa de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – Adres, Secretaría de Salud del Departamento de Boyacá, Superintendencia Nacional de Salud y Ministerio de Salud y Protección Social.

### **3.2. Contestación de la accionada y vinculadas.**

3.2.1. **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – Adres.** A través de apoderado judicial solicitaron se les desvincule del amparo interpuesto, puesto que consideran no han desplegado conducta alguna que vulnere los derechos fundamentales de la accionante, así como afirma que se debe negar cualquier solicitud de recobro ante dicha entidad por parte de la EPS como quiera que los recursos actualmente son girados con anticipación.

Con ese fin señalaron, luego de hacer un recuento sobre su marco normativo y los derechos fundamentales involucrados, que en todo caso el reconocimiento y pago de licencias de maternidad se halla reglamentado por el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo (con las modificaciones que ha tenido dicha norma), así como por lo dispuesto en los arts. 2.6.1.1.2.10 y 2.1.13.1 del Decreto 780 de 2016.

Adujo que ADRES no es responsable del pago de la prestación económica reclamada dado que ello es responsabilidad de la EPS FAMISANAR con cargo al porcentaje y giro previo ya reconocido por ellos a la EPS encartada, amen que con fundamento en lo dispuesto en el art. 2.6.1.1.2.10 su obligación

emerge frente al pago de licencias de maternidad una vez las Empresas Promotoras de Salud – EPS- o las Entidades Obligadas a Compensar –EOC- presentan la solicitud para su reconocimiento y pago, lo que en este asunto no se observa dada la negativa al pago emitida por FAMISANAR EPS.

**3.2.2. Superintendencia Nacional de Salud.** La subdirectora Técnica de Defensa Jurídica de la entidad pidió se les desvincule de toda responsabilidad dado que la presunta vulneración de derechos fundamentales no proviene de una acción u omisión endilgable a la entidad.

Refiere que acorde con los artículos 36 y 37 de la Ley 1122 de 2007 su función es la de Inspeccionar, Vigilar y Controlar el Sistema de Seguridad Social en Salud, no siendo de su competencia el aseguramiento de los usuarios del sistema, ni la prestación de servicios de salud.

En torno al reconocimiento de la licencia de maternidad hace un recuento normativo tanto de las afiliadas cotizantes dependientes como de las trabajadoras independientes, así como refiere el tema relativo al pago de las cotizaciones extemporáneas y el allanamiento a la mora, mencionando que acorde con lo señalado en los art. 2.1.9.1 y 2.1.9.3 del Decreto 780 de 2016 los efectos cuando se presenta mora en el pago de aportes pueden materializarse solamente cuando la EPS ha cumplido con la obligación consignada en el art. 2.1.9.6 de la misma codificación. Así expresamente indica en uno de sus apartes **“... se establece que, si el empleador o trabajador independiente canceló los aportes en forma extemporánea con sus respectivos intereses mora, y los pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud sin que se manifestara el procedimiento indicado en el artículo 2.1.9.6 del Decreto 780 de 2016, hay allanamiento a la mora y, por tanto, la E.P.S. tendría la obligación de reconocer las prestaciones económicas causadas en virtud de la figura ya relatada, sin perjuicio de realizar el trámite respectivo para el recaudo de las cotizaciones e intereses de mora adeudados a la EPS.”**

**3.2.3. Ministerio de Salud y Protección Social.** Por medio del Director Técnico Jurídico de dicha entidad se opuso a las pretensiones formuladas por cuanto no ha amenazado ni vulnerado derecho fundamental alguno, dado que lo pretendido no es de su competencia acorde con lo consignado en la ley 1444 de 2011 y el Decreto Ley 4107 de la misma anualidad que regulan su composición y funcionamiento, de donde dice la acción constitucional deviene en improcedente por falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de responsabilidad imputable a dicha cartera.

Afirma igualmente que pese a no ser su responsabilidad la prestación reclamada, estima pertinente referir el marco normativo que rige el reconocimiento de la licencia de maternidad y en efecto cita las normas que regular dicha prestación, esto es art. 236 del C. S. T, Decreto 1427 de 2002, y la sentencia T 597 de 2007, concluyendo en todo caso que ese organismo por disposición de la ley 1949 de 2019 perdió la competencia para conocer

y fallar sobre las controversias derivadas del reconocimiento y pago de prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

Del mismo modo, con sustento en sentencias de la Corte Constitucional, refirió que no es procedente autorizar el recobro de las sumas pagadas por concepto de licencia de maternidad ante ese ente Ministerial, cuando existe una entidad cuyo objeto es administrar los recursos del SGSSS, como lo es Adres, quien asumió la administración de dichos recursos a partir de 1° de agosto de 2017

Para finalizar señalan que no es de su competencia reconocer la licencia de maternidad solicitada, y peticiona que se ordene a la EPS o a quien corresponda el reconocimiento y pago de la prestación referida.

**3.2.4. FAMISANAR EPS.** A través de la Gerente de la Regional Centro informó que la licencia de maternidad fue negada por cuanto presentó pagos extemporáneos al Sistema de Salud, cita como fundamentos jurídicos el Decreto 1427 de 2022 art. 2.2.3.2.1, así como un soporte de pagos. Aduce igualmente que hay inexistencia de violación a los derechos fundamentales por parte de esa entidad, que sus actuaciones siempre han sido bajo la égida del principio constitucional de la buena fe y que no han pretendido transgredir la normatividad ni afectar intereses jurídicos. Solicitó en consecuencia declarar improcedente el amparo invocado.

**3.2.6. Secretaría de Salud del Departamento de Boyacá,** por intermedio de apoderada judicial indicó que no le consta la argumentación fáctica y que se atiene a lo que logre probarse frente a las pretensiones invocadas, y luego de efectuar un recuento jurídico de algunas disposiciones relacionadas con la Licencia de Maternidad y la Carta de derechos y deberes de EPS FAMISANAR, concluye manifestando que es esta última quien debe desplegar sus esfuerzos técnicos, humanos, científicos y administrativos para el cumplimiento de sus obligaciones, por tal razón solicita se les desvincule de esta actuación.

#### **4. COMPETENCIA**

En virtud de lo previsto en los Decretos 2591 de 1991, 1382 de 2000 y 333 del 6 de abril de 2021, este Despacho es competente para conocer de la acción de tutela en primera instancia.

#### **5. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA**

a) **Legitimación por activa.** Se acreditó en el expediente que la señora **LORENA YURLEY DIAZ ROJAS y el menor LIAM ALEJANDRO MONTENEGRO DIAZ** son las personas que pueden verse afectadas en sus derechos fundamentales a la seguridad social, salud, vida en condiciones dignas, y mínimo vital, siendo la demandante DIAZ ROJAS afiliada a FAMISANAR EPS. Adicionalmente frente al niño aquí referido se cuenta con el Registro Civil de Nacimiento que acredita que es hijo de la tutelante, por

ende igualmente se halla facultada para agenciar sus derechos en esta acción constitucional.

b) **Legitimación por pasiva.** Se probó igualmente que **FAMISANAR EPS**, representada legalmente por el señor SANTIAGO EUGENIO BARRAGAN FONSECA en su condición de Gerente General, y, judicialmente en esta Zona (Gerente Regional Centro) por Cecilia Yolanda Luna Contreras, es quien podría resultar infractora de los derechos fundamentales de los accionantes, entidad encargada de la prestación del servicio de salud, y ante quien se hicieron los aportes respectivos al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La condición de Gerente General y Gerente Regional Centro se halla acreditada con el certificado obtenido del aplicativo RUES que milita en el expediente.

De otro lado, en cuanto a la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES**, se tiene que la misma está vinculada como ente encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fosade y Fonsaet, los que financian el aseguramiento en salud, los copagos de prestaciones no incluidas en el PBS del régimen contributivo y los recursos que recauda por gestiones de la UGPP.

De igual manera, se hacía necesaria la vinculación de la Secretaría de Salud del Departamento de Boyacá, Superintendencia Nacional de Salud y Ministerio de Salud y Protección Social.

## **6. DECISIONES PARCIALES SOBRE VALIDEZ Y EFICACIA DEL PROCESO.**

- a) Decisión parcial sobre validez del proceso. El procedimiento se ha rituado por lo establecido en el Decreto 2591 de 1991 y no se observa causal de nulidad que pueda generar invalidación de lo actuado.
- b) Decisión parcial sobre eficacia del proceso. Se dan los presupuestos procesales para emitir la sentencia de fondo que corresponde.

## **7. TESIS DEL DESPACHO**

En relación con el problema jurídico planteado en la presente sentencia, el Despacho sostendrá que la acción de tutela si es procedente cuando se afectan los derechos de la accionante y su menor hijo al mínimo vital, vida digna, seguridad social, a quien no se le ha reconocido y pagado la licencia de maternidad a que tiene derecho.

Igualmente se sostendrá que una EPS no puede negar el reconocimiento de una licencia de maternidad cuando se ha allanado a la mora en el pago de cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para resolver se efectúan las siguientes

## **8. CONSIDERACIONES**

### **8.1. Marco normativo**

Con el objeto de asegurar la protección inmediata de los derechos fundamentales, el artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo procesal mediante el cual las personas pueden exigir el respeto de sus derechos constitucionales fundamentales, tanto al Estado como a particulares, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión y, condicionado, en todo caso, a la no disponibilidad de otros medios judiciales de defensa, salvo frente al perjuicio irremediable, donde opera de manera transitoria.

En Desarrollo de las directrices impartidas por el Decreto 2591 de 1991, la Honorable Corte Constitucional ha desarrollado una serie de criterios que sirven para identificar los derechos que son susceptibles de ser amparados por vía de tutela, dentro de los cuales se halla el criterio de los derechos fundamentales por definición jurisprudencial de esa alta corporación, siendo uno de esos derechos el aquí involucrado, es decir, el derecho fundamental a la salud.

### **8.1.1. El derecho fundamental a la salud y su protección por vía de tutela.**

A partir de la sentencia T-760 de 31 de Julio de 2008 de la Corte Constitucional<sup>1</sup>, se unificaron los criterios y aspectos determinantes para la procedencia de la acción de tutela, con el fin de proteger el derecho fundamental a la salud, y en ella se estableció, que a partir de dicha determinación este derecho, es un derecho constitucional fundamental autónomo, no solamente por guardar estrecha relación con los derechos a la vida, integridad personal y dignidad humana, sino porque en muchas oportunidades la parte actora tiene la calidad de ser sujeto de especial protección, amén de que la salud es un servicio público amparado por la Carta Política, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, y que su consagración como derecho autónomo es acorde con el desarrollo o evolución de su protección en el ámbito internacional.

En el fallo referido la Corte Constitucional señaló:

#### ***“3. El derecho a la salud como derecho fundamental***

*El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. A continuación, pasa la Corte a delimitar y caracterizar el derecho a la salud, en los términos en que ha sido consignado por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la Ley y la jurisprudencia.”*

No obstante, la fundamentalidad de un derecho no implica, que necesariamente todos los aspectos cobijados por éste deban ser tutelables,

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 31 de julio de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

porque los derechos constitucionales no son absolutos, dado que pueden limitarse conforme a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas y la aptitud de hacerlo mediante esta acción, son asuntos diferentes y separables.

Se debe resaltar que la salud es un derecho complejo, en el que se hallan comprometidos recursos materiales e institucionales que, de suyo, ameritan una política pública, planes, cronogramas y el diseño de estrategias en las que deban participar los interesados, con el propósito de conferir primacía a los principios de equidad, solidaridad, subsidiariedad y eficiencia que corresponden al Estado y a los particulares que obran en su nombre.

También ha señalado la jurisprudencia que la vida no se limita a la posibilidad de una mera existencia física y que la afectación de ese derecho fundamental no puede ser entendida únicamente cuando la persona está al borde de la muerte. De manera que el amparo tiene lugar no sólo cuando quien busca la protección está a punto de morir o de sufrir una pérdida funcional significativa, sino que el concepto es más amplio, incluye la realización humana en todas sus manifestaciones enmarcada en el principio de dignidad, hasta el punto de garantizar una existencia en condiciones dignas.

En ese orden, la acción de tutela está llamada a prosperar no sólo ante circunstancias graves que puedan comprometer la existencia biológica de una persona, sino frente a eventos que, no obstante ser de menor gravedad, perturben el núcleo esencial del derecho a la vida y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, según cada caso específico.

#### **8.1.2. Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad.**

Según el artículo 43 de la Constitución Política, durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado; de ahí que la licencia de maternidad sea una de las manifestaciones más relevantes de la protección especial que la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en cuya materialización se destacan los descansos remunerados en la época del parto.

La Corte Constitucional en la sentencia T-224 de 14 de julio de 2021, con ponencia del Magistrado José Fernando Reyes Cuartas, sobre la naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad hizo las siguientes acotaciones, a saber:

“Según esta Corte, la licencia de maternidad es: “(...) un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que esta derivaba y cuya percepción se ve interrumpida con motivo del parto. Conforme a lo anterior, se concluye que el hecho generador de la licencia de maternidad no es el alumbramiento aisladamente considerado, sino este hecho aunado a la preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento”.

41. Además de tener una connotación económica, de la licencia de maternidad se deriva una doble e integral protección. Es doble por cuanto cobija a las

madres y a sus hijos o hijas. Es integral porque comprende un conjunto de prestaciones que buscan asegurar que las mujeres trabajadoras y sus descendientes dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad.

42. La licencia de maternidad es una medida de protección a favor de la madre del menor y de la institución familiar. Esta se hace efectiva a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño. Asimismo, esta incluye el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre. Esto último con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido.

...

45. **Cuando se trata de trabajadoras independientes, estas deben efectuar el cobro de la prestación económica directamente ante la EPS y el soporte válido para su otorgamiento es el Registro Civil de Nacimiento.** Lo anterior se infiere al aplicar analógicamente lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 1 de la Ley 1822 de 2017 para la licencia de paternidad. Ambas prestaciones económicas guardan una estrecha relación respecto de su objetivo y naturaleza”. (Líneas del Despacho).

### **8.1.3 Allanamiento a la mora en el pago de los aportes al sistema General de Seguridad Social en Salud.**

En la sentencia T- 504 de 2004, la Corte Constitucional hizo pronunciamiento al respecto, el cual tiene en cuenta la regla jurisprudencial trazada desde antaño frente a la figura jurídica del allanamiento a la mora, figura que hoy en día aún cobra vigencia, máxime atendiendo las disposiciones vigentes del Decreto 780 de 2016 sobre la materia. En aquella decisión la Corte sostuvo:

“La licencia de maternidad constituye una de las prestaciones económicas que representan la materialización de los derechos constitucionales consagrados a favor de la mujer. Dada la naturaleza económica de esta prestación, su reconocimiento hace parte de los derechos de segunda generación, por lo que, por principio, las controversias que sobre ella resulten serán de competencia de la jurisdicción ordinaria.

No obstante lo anterior, la Corte ha sostenido que esta regla general sobre la licencia de maternidad no se opone a que, bajo determinadas circunstancias, la acción de tutela constituya el mecanismo de defensa judicial al cual pueda acudir para lograr la realización del derecho.

2.2. La sentencia T-1014 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, recoge los elementos de la jurisprudencia constitucional sobre la licencia de maternidad y, en relación con el asunto objeto de revisión en esa ocasión, decidió revocar las sentencias adoptadas por los jueces de instancia y conceder el amparo constitucional solicitado por la peticionaria.

Se trató de una tutela instaurada contra el Seguro Social, debido a la negativa de la entidad de pagar la licencia de maternidad arguyendo el pago extemporáneo de las cuotas de afiliación. La acción se presentó después del término legal de duración de la licencia.

En ese Fallo, la Corte reiteró su línea jurisprudencial sobre los pagos extemporáneos de cuotas de afiliación, según la cual opera la figura del allanamiento a la mora

cuando la entidad recibe y no rechaza tales pagos. Por lo tanto, al aceptarlos, la entidad deberá cumplir con sus obligaciones, entre las que se encuentra el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad”

## 9. EL CASO EN CONCRETO

La señora LORENA YURLEY DIAZ ROJAS actuando en nombre propio y de su hijo LIAM ALEJANDRO MONTENEGRO DIAZ presentó ante Famisanar EPS una solicitud de reconocimiento y pago de licencia de maternidad el día 19 de diciembre de 2022, complementada con la remisión de la incapacidad médica el día 22 de diciembre siguiente, solicitud que no le fue resuelta hasta el momento de incoar la presente acción constitucional. En desarrollo de esta actuación según puede concluirse de la escueta respuesta de la entidad accionada al parecer fue negada con fundamento en el pago extemporáneo de cotizaciones durante el periodo de gestación.

Para empezar, lo primero que debe señalarse es que la condición jurisprudencial del término para la interposición de la acción se encuentra cumplida en el presente caso, como quiera que la queja constitucional se presentó antes de cumplirse un año, contado desde el nacimiento del menor hijo de la accionante, hecho que ocurrió, según la demanda de tutela y anexos, el 12 de diciembre de 2022, y como la presente acción de tutela se radicó el 2 de febrero de 2023 (f. 1), palmario es concluir que se intentó en un término razonable. Por tanto, para el caso que ahora ocupa la atención del Despacho, se tiene que se cumple con el requisito de inmediatez, el cual implica que la acción de tutela tiene que ser formulada en un término razonable desde el hecho presuntamente vulnerador.

De igual manera, el principio de subsidiariedad se entiende superado cuando la persona afectada no dispone de otro mecanismo de defensa judicial, bien porque ya agotó los que tenía ora porque los mismos no existen o cuando, a pesar de disponer de otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela es instaurada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando el medio judicial ordinario no resulta idóneo para la protección de los derechos invocados por el accionante. Ahora, la Corte Constitucional, de forma reitera ha venido sosteniendo “...que el no pago o el retraso en el pago de la licencia de maternidad, puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de la madre y de su menor hijo, razón por la cual, acudir a los mecanismos ordinarios para el reconocimiento de dicha prestación podría no permitir el goce efectivo de estos derechos, es por esto que el juez constitucional se encuentra facultado para conocer del asunto” (Corte Constitucional T-526/2019). Dicho lo cual, y de acuerdo con la situación de la señora Lorena Yurley Díaz Rojas, en la que indica que requiere con urgencia el pago de su licencia de maternidad, resulta procedente este mecanismo constitucional, puesto que someter a la peticionaria y su hijo a un proceso ante la jurisdicción ordinaria laboral, como lo alegaron algunos de los vinculados, podría impedir la protección inmediata que requiere de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas, por esta razón, se amerita la injerencia del juez de tutela.

Hechas estas precisiones, y superado el examen de procedibilidad de la acción de tutela, pasa entonces el Despacho a estudiar de fondo el caso que ahora nos convoca.

Pues bien, la accionante considera que la EPS demandada vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, salud, vida en condiciones dignas, así como los de su menor hijo y, en consecuencia, la actora pidió que se ordene el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad.

Famisanar EPS en la misiva allegada a esta acción constitucional refiere que la tutelante no tiene derecho al reconocimiento de la prestación económica por el hecho de haber efectuado algunos pagos extemporáneamente al Sistema de Salud; si bien eso puede ser cierto, dado que revisada la prueba aportada por la actora obtenida del aplicativo aportes en línea, se evidencia que esta efectuó las cotizaciones así, 7 de marzo de 2022 correspondiente al mes febrero, 22 de julio de 2022 tres pagos correspondiente a los meses de abril, mayo y julio, 5 de julio un pago correspondiente al mes de junio de 2022, 18 de agosto pago de ese mismo mes, 15 de septiembre pago correspondiente a esa mensualidad, 18 de octubre pago del mes de octubre, 16 de noviembre pago de dicho mes y 12 de diciembre pago de esta mensualidad; no es menos cierto que la EPS acá encartada acepto los diferentes pagos realizados por la usuaria durante más de nueve meses, por ende su postura al no rechazar los pagos fue la del allanamiento en la mora.

Preciso recordar que esta línea jurisprudencial ha sido desarrollada de tiempo atrás y se afianza aún más con lo consignado en el artículo 2.1.9.6 del Decreto 780 de 2016, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, disposición que consagra:

**“ARTÍCULO 2.1.9.6. Obligaciones de las EPS frente a los aportantes en mora.** Cuando el empleador o el trabajador independiente incurra en mora en el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, la EPS deberá proceder a:

1. Adelantar las acciones de cobro de los aportes en mora. La EPS deberá notificar al aportante que se encuentra en mora mediante una comunicación que será enviada dentro de los diez (10) días siguientes al mes de mora e informar que si no ha reportado la novedad de terminación de la inscripción de la EPS por haber perdido las condiciones para pertenecer al régimen contributivo, deberá hacerlo a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la misma, así como de las consecuencias de la suspensión de la afiliación; si el aportante así requerido no pagare las cotizaciones cobradas deberá remitir la cuenta de cobro cada mes. En el caso de los trabajadores independientes, además deberá informarle los mecanismos con que cuentan para mantener la continuidad del aseguramiento en salud, así como las acciones que serán adoptadas en cumplimiento de lo previsto en la presente Parte.

(...)

4. Cuando se trate de un trabajador independiente clasificado en el nivel I y II del SISBÉN, vencido el primer periodo de mora, deberá informarle que si no reúne las condiciones para seguir cotizando, deberá reportar la novedad correspondiente y que una vez agotado los mecanismos para garantizar la continuidad del aseguramiento en salud si los hubiere, podrá ejercer la movilidad la cual deberá registrar antes de que inicie la suspensión de la prestación de los servicios de salud.”

Emerge de lo anterior, que la EPS FAMISANAR no podía negarle el reconocimiento a la licencia de maternidad a que tiene derecho la tutelante como quiera que oportunamente no efectuó ninguna gestión para recuperar las cotizaciones tardías, o los intereses correspondientes por la tardanza en dicho pago, es decir, que si no efectuó ninguna acción para el efecto, no puede ahora después de más de medio año venir a justificar su proceder

ilegal en una argumentación que jurídicamente no es viable, amen que cuenta con otros mecanismos para recuperar el valor de los intereses de mora.

Adicionalmente, los art. 2.2.3.2.1 y 2.2.3.2.3 del Decreto 1427 de 2022, regulan los requisitos que han de tenerse en cuenta en la actualidad para reconocer esta prestación económica, así como los tiempos por los cuales se ha de conceder la licencia de maternidad, emergiendo que para las gestantes que fueren trabajadoras independientes según el caso, cuando inclusive han dejado de cotizar algunos periodos debe procederse al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Se pregunta el Despacho entonces ¿cómo podría validarse jurídica y judicialmente una postura añeja y amañada como la aquí adoptada por Famisar EPS, si la norma prevé que a la trabajadora independiente que deja de cotizar dos periodos se debe proceder al pago de la licencia completa, y si ha dejado de pagar más periodos se debe proceder al pago proporcional?

**“ARTÍCULO 2.2.3.2.3 Licencia de maternidad de la trabajadora Independiente con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente. *Cuando la trabajadora independiente, con ingreso base de cotización de un salario mínimo mensual legal vigente, haya cotizado un período inferior al de gestación, tendrá derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad, conforme a las siguientes reglas:***

***Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos periodos, procederá el pago completo de la licencia.***

***Cuando ha dejado de cotizar por más de dos periodos, procederá el pago proporcional de la licencia, en un monto equivalente al número de días cotizados que correspondan frente al período real de gestación.***

***En ningún caso, la licencia de maternidad podrá ser liquidada con un Ingreso Base de Cotización inferior a un (1) salario mínimo mensual legal vigente.”***

La respuesta al cuestionamiento planteado, no puede ser otra, que la trabajadora independiente tiene derecho a que se le reconozca y pague su licencia de maternidad así haya pagado la cotización de algún(os) mes(es) de forma tardía, dado que si la norma prevé que se debe pagar completa la licencia cuando se ha dejado de cotizar por dos periodos, o que se debe pagar proporcional cuando inclusive se ha dejado de cotizar más de dos meses, porque no pagarla completa cuando la EPS ha recibido la totalidad de cotizaciones durante el periodo de gestación.

Ahora bien, pensar que la mora pudiera ser un justificante para negar el reconocimiento de la Licencia de Maternidad cuando se han pagado todos los aportes de la afiliada, puede incluso llevar a pensar que sería permitir el enriquecimiento sin causa de la EPS FAMISANAR, dado que no puede concebirse entonces que acepta los pagos tardíos que efectúan sus afiliadas durante el periodo de gestación, para luego no reconocer la licencia a la que tienen derecho porque los aportes se efectuaron extemporaneamente. Sería esta una práctica perversa que no se puede cohonestar, y por ende bajo esta óptica en la presente decisión se deberá ordenar que se reconozca y pague la prestación económica alegada.

Para efectos de efectuar el reconocimiento respectivo, acorde con lo previsto en el art. **2.2.3.4.2** del decreto 1427 de 2022 la EPS cuenta con un término de quince (15) días para el efecto, vencidos los cuales tiene cinco (5) días

para efectuar el pago correspondiente, términos que se deben contabilizar luego de que la interesada radica la documentación respectiva, en el caso presente dichos términos se hallan más que vencidos, dado que desde el 22 de diciembre del año anterior se radicó la comunicación respectiva, por tal motivo en esta decisión únicamente se concederá un término de cinco (5) días para que FAMISANAR EPS proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a que tiene derecho la tutelante.

De lo antes dicho, y al haberse acreditado la falta de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, igualmente puede colegirse sin mayor dificultad que a la accionante y su menor hijo se les ha vulnerado su derecho al mínimo vital y móvil, dado que como se ha mencionado en varios apartes de esta determinación, la prestación económica reclamada tiene como finalidad poder cubrir durante las semanas siguientes al parto las necesidades del hogar mientras la madre se recupera.

Por otra parte, de acuerdo con lo consignado en el mismo art. **2.2.3.4.2** del decreto 1427 de 2022, como quiera que FAMISANAR EPS no efectuó oportunamente el pago de la prestación económica reclamada, se dispondrá que la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD de acuerdo con sus competencias inicie las actuaciones a las que legalmente hubiere lugar.

Frente a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – Adres, Secretaría de Salud del Departamento de Boyacá, Superintendencia Nacional de Salud y Ministerio de Salud y Protección Social, se considera que no son agentes vulneradores de los derechos fundamentales de la parte actora y, en consecuencia, se ordenará su exclusión del presente trámite constitucional.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Garagoa, Boyacá, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución y la Ley,

#### **RESUELVE:**

**Primero: Tutelar** los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, salud y vida en condiciones dignas, invocados por la señora LORENA YURLEY DIAZ ROJAS y su hijo LIAM ALEJANDRO MONTENEGRO DIAZ contra FAMISANAR EPS, por las razones indicadas en la parte considerativa de esta providencia.

**Segundo: Ordenar** a FAMISANAR EPS, representada por el señor SANTIAGO EUGENIO BARRAGAN FONSECA en su condición de Gerente General, y, judicialmente en esta Zona (Gerente Regional Centro) por Cecilia Yolanda Luna Contreras o quienes hagan sus veces, que en un término cinco (05) días procedan, sin excusas de trámites administrativos, a reconocer y pagar la licencia de maternidad a favor de LORENA YURLEY DIAZ ROJAS.

**Parágrafo.** Este término se contabiliza a partir del acto de notificación de la presente determinación.

**Tercero: Declarar** que la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – Adres, Secretaría de Salud del Departamento de Boyacá, Superintendencia Nacional de Salud y Ministerio de Salud y Protección Social no son agentes vulneradores de los derechos fundamentales de la parte actora.

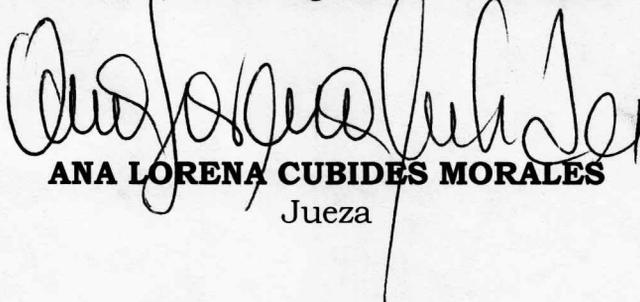
**Cuarto:** Acorde con lo previsto en el artículo 2.2.3.4.2 del decreto 1427 de 2022, **ORDENAR** a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD que inicie las actuaciones a que haya lugar, dado que FAMISANAR EPS no efectuó oportunamente el pago de la prestación económica reclamada.

**Quinto: Notifíquese** a las partes lo aquí decidido, conforme lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**Sexto:** En caso de no ser impugnada la presente providencia en el término de ley, **remítase** el expediente de forma electrónica a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, dando cumplimiento al acuerdo PCSJA20-11594 del Consejo Superior de la Judicatura.

Una vez regrese el expediente de la Corte Constitucional archívese dejando las constancias de rigor.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ANA LORENA CUBIDES MORALES**  
Jueza