

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO
DE BOGOTÁ LEY 600

Carrera 28 A Nro. 18 A 67 Piso 5, Bloque E.

Complejo Judicial de Paloquemao

Teléfono: 601-3532666 ext. 71489

Correo institucional: pcto49bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

Resolver la impugnación interpuesta por la accionante, señora **TATIANA GINNETH BOADA CASTRO**, contra el fallo de tutela proferido el **11 de octubre de 2023**, por el **Juzgado 28 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad**, en la que figura como accionada **FAMISANAR EPS** y como vinculada la empresa **ARG CONSTRUCCIONES S.A.S.**

HECHOS

1.-Relató la señora **TATIANA GINNETH BOADA CASTRO**, que se encuentra vinculada laboralmente a la empresa **ARG CONSTRUCTORES SAS**, sociedad que ha cancelado en debida forma los aportes al sistema de seguridad social integral y aunque en algún período de cotización tardó para generar el pago, asumió como en derecho corresponde la mora impuesta por la Empresa Promotora de Salud.

2.-El 01 de agosto de 2022 ante el nacimiento de su hija, se generó por parte de la EPS **FAMISANAR** el certificado de la licencia de maternidad por ciento veintiséis (126) días, no obstante, negó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, radicada bajo el N° 5010-2022-E-256052 desde el 25 de agosto de 2023, por el pago extemporáneo de los aportes en salud en el periodo gestacional.

Destacó que luego de enterarse de la negativa del reconocimiento, el 04 de abril del 2023 y 26 de mayo del 2023 reitero el reconocimiento de la prestación económica, sin obtener respuesta por lo que debió interponer una acción de tutela.

Esta actuación fue recibida el 25 de octubre de 2023, procedente de la oficina judicial.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante fallo del 11 de octubre de 2023, el **Juzgado 28 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, de esta ciudad**, declaró improcedente de la acción de tutela formulada por **TATIANA GINNETH BOADA CASTRO** en contra de la **FAMISANAR EPS**, al no agotar el requisito de inmediatez, de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia T – 241 de 2023, si se tiene en cuenta que **el parto ocurrió el 1° de agosto de 2022**, fecha en la que **FAMISANAR EPS**, generó el certificado para la expedición de la licencia de maternidad y que la promotora comunicó su decisión de negar el reconocimiento y pago de la prestación social, por lo que el 8 de marzo la empleadora de la accionante remitió petición para el recobro de la licencia y **solo hasta finales del mes de septiembre la accionante formuló esta acción constitucional**, por lo que concluyó que se ha superado el año contado a partir de la fecha del parto, -plazo razonable- pues el mismo se

cumplía el 31 de julio de 2023, no obstante, la acción de tutela fue interpuesta un mes y veintisiete días después; sin que exista en el plenario ningún elemento de juicio que permita deducir que por una justa razón la tutela no había podido interponerse dentro del plazo dispuesto por el Alto Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, la accionante o incluso su empleadora, puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral, para que a través de un proceso que se ofrece para este caso idóneo y eficaz, hagan valer sus pretensiones.

En cuanto a que, la EPS no ha emitido respuesta, en la foliatura no obran las peticiones, por el contrario a la solicitud de reconocimiento de la licencia de maternidad radicada el 24 de agosto de 2023, el 9 de marzo de 2023, la EPS les respondió lo siguiente: “SEÑOR USUARIO LA INCAPACIDAD SE ENCUENTRA NEGADA YA QUE USTED REALIZO PAGOS DE APORTES FUERA DE FECHAS ESTABLECIDAS, EN EL MOMENTO EN QUE EL AREA ENCARGADA INFORME SOBRE CUALQUIER CAMBIO SE REALIZARA COMUNICACION A TRAVES DE CORREO ELECTRONICO.” Luego no encuentra una petición insoluta, sobre todo cuando en el mismo escrito de amparo, se referenció que en dos ocasiones la demanda negó el reconocimiento y pago de la licencia. Así las cosas, no resulta procedente tutelar el derecho en cuestión.

IMPUGNACIÓN

La actora, señora **TATIANA GINNETH BOADA CASTRO**, atacó la sentencia impugnada, por los siguientes motivos:

- a) No se contemplan todos los hechos que motivaron la tutela ni al derecho impetrado, por error de hecho y de derecho, en el examen y consideración no se realiza de forma adecuada; y si bien es cierto ella no había solicitado el pago de la licencia de maternidad, sí lo hizo la empresa para la cual laboro, y FAMISANAR accedió a pagarla; pero luego se justificó en que los pagos fueron extemporáneos.
- b) Incurrir en un defecto de fondo ya que no se está teniendo en cuenta que se han pasado varias peticiones para el pago de la licencia de maternidad que FAMISANAR debía realizar y solo se tuvo en cuenta la fecha del parto y no la fecha de las reiteradas peticiones, acciones de tutela y demás comunicados para el pago de la licencia de maternidad.

En cuanto al principio de inmediatez, la accionante sostiene que se debe contara partir de la última petición y no a la fecha de parto.

Concluyó solicitando se ordene a la demandada el pago de la licencia de maternidad, por vulnerar de forma reiterada sus derechos fundamentales.

CONSIDERACIONES

➤ PROBLEMA JURIDICO:

Determinar si la acción de tutela para el reconocimiento de una licencia de maternidad, se interpuso por la señora **TATIANA GINNETH BOADA CASTRO**, dentro del término estipulado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Pretende la actora, se ordene a la EPS FAMISANAR, reconocer y pagar la licencia de maternidad que el fuera expedida como consecuencia del nacimiento de su hija:

EPS FAMISANAR S.A.S
CERTIFICADO DE INCAPACIDAD O LICENCIA POR MATERNIDAD

Pág. 1 de 1

Estado
Oficina 0129 CONSORCIO Nro Incapacidad 0009194402 No. de Solicitud
Cotizante C 1033797888 TATIANA GINNETH BOADA CASTRO Tipo Trabajador Dependiente
Fecha Recepción 23/11/2022 Fecha de Expedición 01/08/2022 Fecha de Radicación 24/10/2022
Empleador 900687524 ARG CONSTRUCTORES SAS
IPS 202 CLINICA PALERMO
Médico LIZZA GABRIELA PORTILLA MUÑOZ
Fecha Inicio 01/08/2022 Dias de Incapacidad 126 Fecha Terminación 04/12/2022
Prórroga No Traslape No Hospitalización No
Diagnóstico O800
Contingencia LICENCIA DE MATERNIDAD 39 Semanas de Gestación

Información Autorización

No. Aut	Salario Base	Días Pagados	Valor Subsidio	Vr ajuste sentencia	Valor autorizado
2478453	\$1,200,000	126	\$5,040,000		\$5,040,000

Valores sujetos a verificación quedarán en firme transcurridos 15 días hábiles a partir de esta radicación.

19 DIC 2022
MATILDE CASAS RODRIGUEZ

NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD.

La Corte Constitucional (T-224-21 siguiendo la línea jurisprudencial de las sentencias SU075/2018, T-278/2018 y T-439/2018) frente a este tema, dijo lo siguiente:

“La licencia de maternidad es una de las manifestaciones más relevantes de la protección especial que la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos le otorgan a la mujer trabajadora^[33]. El artículo 43 de la Constitución Política dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado. Esta protección especial a la maternidad se materializa en una serie de medidas de orden legal y reglamentario dentro de las que se destacan los descansos remunerados en la época del parto^[34].

“El artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que se debe conceder especial protección a las madres durante un período razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder una licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. “39. En el mismo sentido, el artículo 11.2.b de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer indica que, con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados deben tomar medidas adecuadas para implementar la licencia de maternidad. Esta debe incluir el sueldo pagado y las prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales.

“La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se le otorga a la mujer en la época posterior al parto realiza, entre otros, los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución básica de la sociedad y los derechos de la madre y del recién nacido a la vida digna y al mínimo vital^[35]. 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”^[36].

“Además de tener una connotación económica, de la licencia de maternidad se deriva una doble e integral protección. Es doble por cuanto cubre 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^[37].

“Además, el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 2016 dispone que para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación. “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^[40]. Ambas prestaciones económicas guardan una estrecha relación respecto de su objetivo y naturaleza^[41].

“De conformidad con las disposiciones mencionadas, las EPS no le pueden exigir a las mujeres que pretenden el reconocimiento de la licencia de maternidad, el cumplimiento de formalidades no previstas legalmente. Lo anterior prohíbe que se impongan cargas excesivas a personas que -dadas sus circunstancias- son sujetos de especial protección constitucional.

“En consecuencia, se vulnera del derecho fundamental al debido proceso de las madres cuando se le exigen requisitos y formalidades adicionales para acreditar el cumplimiento de los presupuestos para acceder a la licencia de maternidad.”

TÉRMINO RAZONABLE PARA PEDIR RECONOCIMIENTO DE LICENCIA DE MATERNIDAD POR TUTELA

La máxima autoridad constitucional, ha reconocido a la acción de tutela como el medio idóneo de defensa para reclamar el pago de una prestación económica como la licencia por maternidad, si se verifican o se tienen en cuenta dos aspectos relevantes: **primero, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento y segundo, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo.**

En este caso, el parto de la hija de la señora **TATIANA GINNETH BOADA CASTRO**, tuvo ocurrencia el **1° de agosto de 2022**, y la acción de tutela fue interpuesta el **28 de septiembre de 2023**, es decir **un (01) año, un (01) mes y, veintisiete (27) días después del nacimiento.** Por lo tanto, no se verifica en el caso sometido a estudio requisito de inmediatez, toda vez que la interesada, dejó vencer el término estipulado por la máxima corporación constitucional, para deprecar el reconocimiento, por tutela, de la licencia de maternidad y en esa medida, se hace nugatorio entrar a analizar el segundo requisito antes descrito.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, no es de recibo la interpretación subjetiva que hace la accionante, de que se debe contar, para efectos del plazo razonable, la fecha de la última petición efectuada a la entidad competente, como quiera que con ello se desconoce el precedente constitucional, que sobre el tema es demasiado claro, y por ello debe ser acatado por los jueces de tutela.

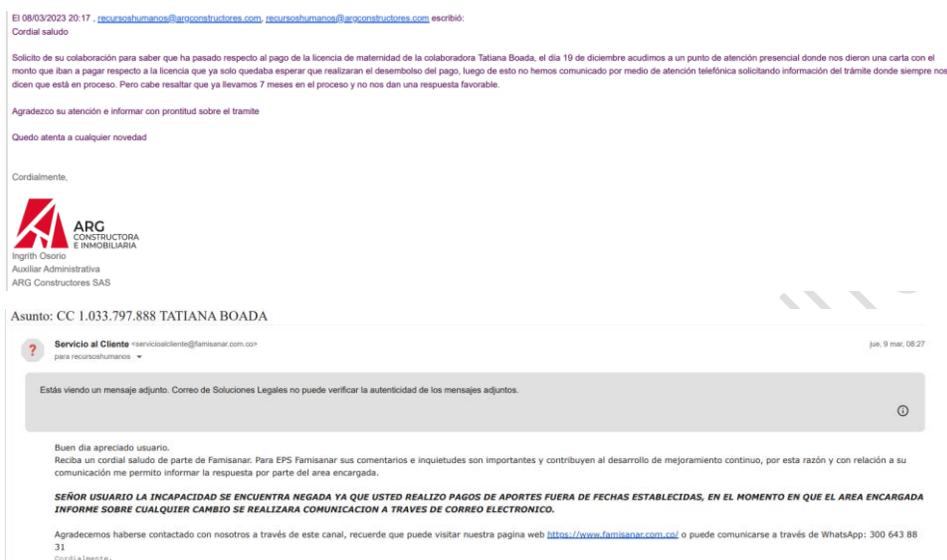
Lo que tiene a su alcance, para reclamar el derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad, son dos mecanismos judiciales:

1°. El artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó en cabeza de la **jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social**, la competencia para resolver *“las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos”*, a donde puede acudir presentando la respectiva demanda laboral.

2°. Y, en virtud del artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, que adicionó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, puede acudir a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, la cual es competente para resolver, mediante las facultades jurisdiccionales que la ley le otorga, las controversias relacionadas con el pago de prestaciones económicas que deban ser asumidas por las entidades promotoras de salud o por el empleador.

➤ DEL DERECHO DE PETICION:

En cuanto al derecho de petición, no obran en el expediente peticiones radicadas ante FAMISANAR EPS, pendientes de resolución, pues, atendiendo los medios de prueba allegados, la última petición sobre el tema presentado por la empresa empleadora, tuvo lugar el 8 de marzo del 2023, y la respuesta fue emitida el día 9 del mismo mes y año, por manera que no existe violación al derecho de defensa.



En este punto, se hace necesario, precisar que la accionante debió haber anexado la demanda de tutela que con anterioridad presentó contra la EPS, del cual solo se limitó a mencionar en los hechos nueve y diez de la demanda¹, con el fin de poderse establecer si esta nueva demanda, es por los mismos hechos, empero como es claro que la acción de tutela es improcedente, se confirmará el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO LEY 600 DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR el fallo recurrido, emitido por el Juzgado 28 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, el 11 de octubre de 2023.

1

9. Con fecha del 04 de abril del 2023 se radicó derecho de petición ante la Empresa Promotora de Salud FAMISANAR bajo el radicado **5010-2022-E-256052** con la intención de buscar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad de la trabajadora, asumida la empresa **ARG CONSTRUCTORES SAS**.

10. Con fecha del 26 de mayo del 2023 se reitero con la tutela y no hubo respuesta.

SEGUNDO. - ORDENAR REMITIR esta decisión al **Juzgado 28 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, de esta ciudad**, que actúa como juzgado de primera instancia, al email: j28pmgbt@cendoj.ramajudicial.gov.co, para su conocimiento.

TERCERO. - ORDENAR NOTIFICAR esta providencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° del Decreto 306 de 1992 y remitirla sin demoras a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, vía correo electrónico.

Las partes deben ser notificadas a las siguientes direcciones electrónicas:

ACCIONANTE:
tatianaboada@hotmail.com

ACCIONADAS:

FAMISANAR EPS: notificaciones@famisanar.com.co

ARG CONSTRUCCIONES: cromero@argconstructores.com

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUAN PABLO LOZANO ROJAS
JUEZ