



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
Carrera 10 No. 14-33 Piso 6°
cmpl09bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

RADICADO: 110014003009-2022-01173-00

Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Decreto 2591 de 1991 y Decreto 306 de 1992
Accionante: **CATHERINE YULIETH MORA PAEZ**
Accionado: **FAMISANAR EPS.**
Providencia: **FALLO**

I. ASUNTO A TRATAR

Una vez agotado el trámite señalado en el Decreto 2591 de 1991, decide este Juzgado, la acción de tutela, que en protección de sus garantías constitucionales presentó **CATHERINE YULIETH MORA PAEZ**, identificada con la C.C. 1.023.010.210 quien actúa en nombre propio, en contra de **FAMISANAR EPS**, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al derecho de petición y al mínimo vital.

II. PETICIÓN Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Como situación fáctica relevante, en síntesis, la accionante manifiesta que radicó derecho de petición ante la EPS **FAMISANAR** el día 05 de septiembre de 2022, a efectos de que le reconociera el pago de la licencia de maternidad con fecha de inicio del 13 de junio de 2022 y hasta el 16 de octubre de 2022.

Señala además que desde el día en que radicó el derecho de petición, objeto de esta acción de tutela, no ha obtenido respuesta de **FAMISANAR EPS**, situación que aduce la accionante, viola el derecho fundamental a obtener pronta respuesta, además del derecho al mínimo vital, toda vez que no cuenta con más recursos, que los provenientes de la licencia de maternidad para alimentar y atender a su hija nacida apenas el 12 de junio de 2022.

III. ACTUACIÓN SURTIDA

1.- Recibida la presente acción constitucional a través de la oficina de reparto, por auto del 11 de noviembre del año en curso, se dispuso su admisión, y la notificación de la accionada, con el fin de que ejerciera su derecho de defensa. Así mismo se dispuso vincular de oficio a las siguientes entidades. **CLINICA COLSUBSUSIDIO de la 92, INDUSTRIAS FM BOGOTA SAS** y **COLPENSIONES**. Posteriormente, a través de auto del 23 de noviembre de 2022 se vinculó a las siguientes entidades **SUPERINTENDENCIA DE SALUD Y AL ADRES**.

2.- **FAMISANAR S.A.S**, a través de memorial radicado por correo electrónico el día 15 de noviembre de 2022 en esta sede judicial, manifestó, que una vez conocida la presente acción, procedió a establecer el estado de prestación de servicios con el área responsable de la Entidad, emitiendo respuesta a la petición objeto de esta acción de tutela el día 15 de noviembre de 2022, para lo cual adjunta el debido soporte.

En dicha respuesta, le comunica a la accionante que la licencia de maternidad se encuentra negada conforme al artículo 2.2.3.2.1 del decreto 1427 del 2022 habida cuenta que no se realizaron los pagos de seguridad social en la fecha establecida.

3.- COLPENSIONES., manifiesta que no puede pronunciarse de fondo frente al tema objeto de la tutela, por cuanto no tiene registro de una solicitud relacionada con el reconocimiento y pago de incapacidades, además porque en este caso el actor pretende desnaturalizar la acción de tutela pretendiendo que por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y subsidiaridad, sean reconocidos derechos que son de conocimiento del juez ordinario competente a través de los mecanismos legales establecidos para ello, por lo que indica que la presente tutela, debe ser declarada improcedente.

4.- INDUSTRIAS FM BOGOTA SAS., indica que la señora CATHERINE YULIETH MORA PAEZ, accionante en este proceso, no está vinculada a la empresa desde marzo de 2022 por retiro voluntario, para lo cual adjunta planilla de pago de seguridad social con dicha novedad.

5.- ADRES manifestó que la petición a que se hace mención en los hechos de la acción de tutela, fue radicada ante FAMISANAR EPS por lo que la carga constitucional y legal de dar respuesta no se encuentra en cabeza suya, configurándose una falta de legitimación en la causa por pasiva.

Así mismo, expresó que no está dentro de la esfera de sus competencias, el reconocimiento del pago de licencias de maternidad, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa Entidad.

6.- SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD solicitó que se desvincule de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela, ya que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la entidad.

Indicó que los fundamentos fácticos de la presente acción, se encuentra a cargo de la Entidad Administradora del Plan de Beneficios en Salud (EAPB), frente a la prestación del servicio de salud de la parte accionante, quien deberá pronunciarse de fondo sobre la prestación de los servicios requeridos en la presente acción constitucional. Señala además, que por tal motivo resulta evidente la falta de legitimación en la causa por parte de la entidad en el presente trámite.

IV PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que le corresponde resolver a este estrado judicial se limita a la necesidad de determinar si, en efecto, la entidad accionada vulneró el derecho fundamental al mínimo vital de la accionante por no pagar la licencia de maternidad solicitada, con el único argumento de que no efectuó los pagos de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud el tercer (3) día hábil de cada mes.

V CONSIDERACIONES

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, el despacho considera pertinente señalar, que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial mediante el cual *“Toda persona puede reclamar ante los jueces... 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”*.

A su vez el artículo 5 del decreto 2591 de 1991 establece que *“La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos constitucionales fundamentales”*. Del mismo modo, hace

extensivo dicho mandato a los particulares, en los casos específicamente determinados en la ley.

De las normas citadas en precedencia, se desprende que la procedencia de la acción de tutela está sujeta a que se evidencie la vulneración o amenaza a un derecho fundamental, de tal manera que, quien acuda a esta en procura de obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales que considera conculcados, debe, como cuestión inicial, acreditar, siquiera sumariamente, el hecho vulnerador, es decir, la amenaza o afectación directa del bien jurídico susceptible de amparo.

VI ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

1.- De conformidad con los hechos que dieron origen a la presente acción y las pruebas allegadas al expediente, se tiene que la ciudadana CATHERINE YULIETH MORA PAEZ, acudió a la acción de tutela en procura de obtener la protección de sus derechos fundamentales al de petición y al mínimo vital, en virtud de que la entidad accionada no había dado respuesta a su petición que radicó el 05 de septiembre de 2022 donde solicitó el pago de la licencia de maternidad.

Manifestó además, que no cuenta con los recursos suficientes para alimentar y atender a su hija menor, y que la licencia de maternidad es una medida de protección a favor de la madre del recién nacido y de la institución familiar.

2.- Por su parte en contestación que hizo la entidad accionada indicó que dio respuesta el día 15 de noviembre de los corrientes, al derecho de petición radicado el día 05 de septiembre de 2022, indicando a la accionante que la prestación económica de licencia de maternidad número 8980047 se encuentra negada por no haber hecho los pagos de seguridad social en la fecha establecida, de conformidad al artículo 2.2.3.2.1 del decreto 1427 de 2022.

3.- En efecto, llegados a este punto, encuentra el Despacho que ciertamente dentro del trámite de esta acción de tutela se dio respuesta de fondo a la petición del 05 de septiembre de 2022, pues la entidad accionada resolvió sobre la licencia de maternidad, expresando los motivos por los cuales negó el pago de la prestación económica.

En este orden de ideas, se tiene que la vulneración al derecho de petición por la omisión de dar respuesta, ha cesado, pues la conducta activa de la entidad accionada dentro de este trámite preferencial en ofrecer una respuesta, hace inocuo cualquier orden del juez de tutela encaminada al cumplimiento de dicho fin.

4.- No obstante lo anterior, en el escrito de tutela la accionante reclama igualmente por la vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital, ya que manifiesta que al encontrarse incapacitada para trabajar, no cuenta con los recursos suficientes para alimentar y atender a su menor hija, que según el registro civil de nacimiento que obra en expediente, nació el 12 de junio de 2022.

Frente a los hechos esbozados en la acción de tutela, la accionada nada manifestó en la contestación que de esta hizo, por lo que la falta de pronunciamiento expreso aunado a la calidad de cotizante independiente sobre un (1) SMMLV al Sistema de Seguridad Social, hacen presumir ciertas dichas afirmaciones del escrito introductorio.

Ahora bien, respecto de la protección constitucional a la mujer en estado de embarazo y la mujer cabeza de familia, el artículo 43 de la constitución política establece que.

“La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

Con el interés de proteger los derechos que le asisten a los niños, el constituyente del 91 optó por una garantía superior en favor de ellos, al consagrar en el artículo 44 que “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”

En desarrollo de las anteriores garantías constitucionales, el legislador a través de ley 1822 de 2017, que modificó los artículos 236 y 239 del código sustantivo del trabajo estableció en su artículo “1” lo siguiente:

"ARTÍCULO 236. *Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. 1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor. 3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar: a) El estado de embarazo de la trabajadora; b) La indicación del día probable del parto, y c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.*

En consonancia con lo anterior, refiriéndose a la licencia de maternidad, la Honorable Corte Constitucional en sentencia de tutela T-224 de 2021 expresó que:

“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”.

Anteriormente en sentencia T-998 de 2008 había indicado que 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”

4.- Ahora bien, la EPS Famisanar no reconoce la licencia de maternidad, aduciendo que la reclamante no realizó los pagos de seguridad social dentro de los tres (3) días hábiles de cada mes según los últimos dígitos de la cédula de ciudadanía. No obstante, el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 le otorga la facultad de ejercer las acciones de cobro frente al incumplimiento o cumplimiento tardío del pago de los aportes, por lo que si la entidad accionada aún en esas condiciones aceptó el pago extemporáneo de los aportes, entonces se allanó a la mora.

En estos eventos de allanamiento a la mora, la entidad promotora de salud tiene la obligación de pagar las prestaciones económicas que se deriven de su conducta, pues aceptar que le asiste razón de no pagar la prestación económica, aun cuando se ha allanado a la mora, implicaría desconocer el principio general del derecho, de que nadie puede beneficiarse de su propia culpa y de contera ser indiferentes con otros principios rectores del estado social de derecho, tales como la buena fe y la confianza legítima del afiliado.

Ciertamente refiriéndose a este tema, el artículo el artículo 2.1.9.3. del Decreto 780 de 2016 dispone que:

“Efectos de la mora en las cotizaciones de trabajadores independientes. El no pago por dos (2) períodos consecutivos de las cotizaciones del independiente dará lugar a la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud contenidos en el plan de beneficios a cargo de la EPS en la cual se encuentre inscrito, siempre y cuando esta no se hubiere allanado a la mora.

(...) No habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones económicas por incapacidad, licencias de maternidad y paternidad por parte del Sistema o de la EPS, durante los períodos de mora, siempre y cuando la EPS no se hubiere allanado a la misma.” (Negrilla y cursiva fuera del texto original)

Retomando el asunto de la licencia de maternidad, se puede evidenciar que la EPS en su afán por negar el pago de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad número 0008980047, olvidó que el Decreto 1427 de 2022 mediante el cual fundamentó su negativa no es aplicable al caso bajo estudio, pues nótese, a modo de ejemplo que la incapacidad que se niega, inicia el 13 de junio de 2022, fecha esta para la cual el decreto en mención no había nacido a la vida jurídica, por lo que tal decisión no se ajusta a derecho.

5.- En los hechos que narró la accionante en el escrito de tutela, dejó establecido que presentó derecho de petición ante la EPS FAMISANAR, para que le reconociera su licencia de maternidad a la que tenía derecho. Empero ante la falta de respuesta, pese a estar vencidos los términos para dicho fin, procedió a impetrar acción de tutela, por considerar que dicha omisión vulnera su derecho a obtener respuesta de fondo y oportuna, además de vulnerar también su derecho fundamental al mínimo vital, al encontrarse incapacitada para trabajar y no tener los recursos suficientes para alimentar y atender a su hija recién nacida.

Luego, sólo hasta el requerimiento por esta vía constitucional es que la entidad accionada procede a dar respuesta a la petición origen de esta acción, negando el pago de la incapacidad por maternidad, reafirmando con tal decisión la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital ya puesta en conocimiento por la accionante, pues dada su ausencia de pronunciamiento frente a los hechos de la tutela, se tiene por cierto que la accionada no cuenta con medios para sobrellevar una vida en condiciones de dignidad junto a su hija recién nacida y que la incapacidad por maternidad constituye su único ingreso, lo que la pone en una situación de debilidad manifiesta susceptible de ser amparada por vía de tutela más si se tiene en cuenta que tanto la madre en el estado actual como la recién nacida son sujetos de especial protección constitucional.

Ahora bien, en relación al pago completo o proporcional de la licencia de maternidad según las semanas cotizadas durante el periodo de gestación, la jurisprudencia de la corte constitucional en reiterada jurisprudencia ha sostenido que *“el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, puesto que con dicha negativa se está vulnerando el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido. Motivo por el cual, estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional. Lo anterior con la finalidad de proteger a la madre y al menor de edad”*. Así, *“si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa. Si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó”*¹.

6.- En el caso bajo estudio, de la documental que obra en el expediente, se tienen las siguientes evidencias.

¹ Sentencia T-503 de 2016 Corte Constitucional

- i) Certificado civil de nacimiento de la menor **ALVM**, de fecha 12 de junio de 2022, y que da cuenta que es hija de **CATHERINE YULIETH MORA PAEZ**
- ii) Cédula de ciudadanía de la señora **CATHERINE YULIETH MORA PAEZ**
- iii) Copia del certificado de incapacidad o licencia por maternidad, expedido el 13 de junio de 2012 por COLSUBSIDIO CLINICA 94., en el que se indica que la incapacidad inicia el 13 de junio de 2022 y finaliza el 16 de agosto de 2022.
- iv) Respuesta dada el 15 de noviembre de 2012, por Famisanar EPS a la señora **CATHERINE YULIETH MORA PAEZ**, en la que le manifiesta que no reconocerá el pago de las prestaciones económicas solicitadas, habida cuenta que no realizó los pagos a seguridad social dentro de los tres (3) días hábiles de cada mes.
- v) Pago de los aportes a seguridad social que comprende el periodo desde octubre de 2021 hasta junio de 2022.

Dado lo anterior el Despacho encuentra que: (i) la actora cotizó la totalidad del periodo de gestación, esto es, desde octubre de 2021 hasta junio de 2022; (iii) en relación con el periodo de gestación, la EPS accionada se allanó a la mora ante el cumplimiento tardío del pago de los aportes a seguridad social y, por tanto, tiene la obligación de pagar las prestaciones económicas que se deriven de la licencia de maternidad; (iii) dado que se cotizó al sistema General de Seguridad Social en Salud la totalidad del periodo de gestación, le corresponde el pago de la licencia de maternidad completa.

7.- Así las cosas, la negativa de FAMISANAR EPS de pagar la licencia de maternidad vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la accionante, configurando el presupuesto del artículo “5” del decreto 2591 de 1991, Por lo tanto, se concederá el amparo invocado y, se ordenará a la entidad accionada pagar la licencia de maternidad a la que tiene derecho la accionante.

VII DECISIÓN

En virtud de lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMEO: TUTELAR, el derecho fundamental al mínimo vital de la ciudadana **CATHERINE YULIETH MORA PAEZ** identificada con cédula de ciudadanía número 1.023.010.210, por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a **FAMISANAR EPS**, a través de su representante legal o quien haga sus veces que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, pague a la señora **CATHERINE YULIETH MORA PAEZ** la licencia de maternidad número 0008980047, de manera completa, correspondiente a 126 días comprendidos entre el 06 de junio de 2022 hasta el 16 de septiembre de la misma anualidad. Lo anterior, conforme con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Si esta decisión no fuera impugnada, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: NOTIFICAR por el medio más idóneo a las partes del contenido del fallo, librando para ello las comunicaciones de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in purple ink, appearing to read 'Luz Dary Hernández Guayambuco'.

**LUZ DARY HERNÁNDEZ GUAYAMBUCO
JUEZ**