



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE
DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

j39pccmbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Ref. ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-4189-039-2023-00906-00

ACCIONANTE: ALEJANDRA CANAL ROA

ACCIONADA: FAMISANAR EPS.

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

I. ANTECEDENTES

1.- Hechos

Como situación fáctica relevante, en síntesis, la accionante sostuvo que cotiza como independiente y se encuentra afiliada a FAMISANAR EPS, en el régimen contributivo, y quedó en estado de gravidez estando afiliada a dicha EPS; que su menor hijo nació el 18 de febrero de 2023, por lo que le fue otorgada licencia de maternidad equivalente a 126 días, que comprende el periodo del 18 de febrero de 2023 hasta el 23 de junio de 2023.

Señaló que, el 20 de febrero de 2023, radicó ante la EPS FAMISANAR los documentos necesarios para la expedición, liquidación y reconocimiento de la licencia de maternidad, sin embargo, luego de remitir determinados documentos para el trámite de su solicitud, el 9 de mayo de 2023, la accionada le comunicó que la licencia de maternidad fue denegada, toda vez que los aportes correspondientes a los meses de mayo y junio de 2022 se realizaron de manera extemporánea. Por tal razón, se acercó a un punto de pago para liquidar los intereses que pudiese tener en mora de esos dos meses de cotización, empero, le informaron que no tenía ningún concepto en mora porque para esa data el país se encontraba en declaración de emergencia sanitaria, por lo cual estaba exonerada del pago de los intereses de mora de esas planillas, según la Resolución 666 de 2022.

2.- La Petición

Con fundamento en lo anterior solicitó se amparen sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital y, en consecuencia, se ordene a la accionada **FAMISANAR EPS**, reconocer y pagar la licencia de maternidad que aquí se reclama.

3.- Trámite Procesal

Una vez admitida la presente acción mediante auto de fecha 15 de mayo de la presente anualidad, se ordenó la notificación a la accionada **FAMISANAR EPS**, a efectos de que ejerciera el derecho a la defensa sobre los hechos alegados, la cual señaló que la licencia de maternidad reclamada por la tutelante fue negada

“...pues durante el periodo de gestación presenta pagos extemporáneos a salud. Independiente con fecha máxima de pago el 7° día hábil de cada mes”.

Además, señalo que la acción de tutela no es el medio idóneo para solicitar el reconocimiento de prestaciones económicas porque existen otros medios jurídicos previstos en la normatividad vigente, que deben agotarse previamente, por lo que solicitó denegar la presente acción constitucional ya que no ha vulnerado las garantías constitucionales invocadas por la convocante.

El **MINISTERIO DE SALUD** se pronunció respecto de las normas que regulan el reconocimiento y pago de licencias de maternidad, y afirmó que no es el encargado de reconocer y cancelar prestaciones económicas por concepto de licencia de maternidad, por lo que no es la legitimada para responder por la prestación que aquí se reclama.

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** luego de mencionar las normas que contemplan los requisitos para el reconocimiento de licencias de maternidad, señaló que los hechos objeto de censura no están dirigidos contra esa entidad, y comoquiera que en el presente asunto se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva, solicitó su desvinculación de este trámite constitucional y negar cualquier solicitud de recobro por parte de la convocada.

Finalmente, la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, luego de realizar un marco normativo sobre el reconocimiento de licencia de maternidad, indicó que no ha vulnerado las garantías constitucionales del querellante, pues no es la entidad competente para garantizar la prestación económica solicitada por la accionante, siendo responsabilidad de la EPS correspondiente pronunciarse de fondo sobre la misma; por tal motivo resulta evidente la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de esa entidad.

II. CONSIDERACIONES

De la Acción de Tutela

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

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

Problema Jurídico

En el caso objeto de análisis el problema jurídico consiste en determinar si se ha vulnerado o no a la actora su derecho fundamental a la seguridad social y mínimo vital por parte de la convocada en razón a la negativa en reconocer y pagar la prestación económica por concepto de licencia de maternidad reclamada

por la tutelante, toda vez que en los meses de mayo y junio de 2022 realizó de manera extemporánea el pago de sus aportes.

Seguridad Social como derecho fundamental

Debe precisarse que el derecho a la seguridad social *“surge como un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos subjetivos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo”*

Es así como el artículo 48 de la Constitución Política denota una doble acepción. En primer lugar, como un *“servicio público de carácter obligatorio”* el cual su dirección, coordinación y control, estará a cargo del Estado, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y, en segundo lugar, como un *derecho irrenunciable, garantizado a todos los habitantes del Estado”*.

La Corte Constitucional ha señalado que la seguridad social hace referencia a los medios de protección que brinda el Estado para salvaguardar a las personas y sus familias de las contingencias que afectan la capacidad que estos tienen para generar ingresos suficientes para vivir en condiciones dignas y confrontar circunstancias como la enfermedad, la invalidez o la vejez [26]. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó:

La Corte Constitucional ha mencionado que frente al derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener la protección, en particular *“contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo”*.

Licencia de maternidad

Esta prestación no solo tiene una connotación económica encaminada a *“reemplazar los ingresos que percibía la madre, sino que también conlleva una protección integral y especial a favor de esta y de su hijo recién nacido, pues garantiza la institución familiar a través del otorgamiento de prestaciones que tienen por finalidad la recuperación de la madre y el cuidado del menor y, además, que “dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad”*¹

En efecto, el Alto Tribunal Constitucional en Sentencia T-278 de 2018 definió la naturaleza de la licencia de maternidad, como:

“una medida de protección a favor de la madre del menor recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido.

¹ Sentencia T-526 de 2019

En esa medida, esta prestación cubre no sólo a personas vinculadas mediante contrato de trabajo sino a todas aquellas madres trabajadoras (dependientes e independientes) que, con motivo del nacimiento, interrumpen sus actividades productivas y cesan en la percepción de los recursos con los que habitualmente atendían sus necesidades vitales, siempre que cumplan con los requisitos establecidos legalmente para su reconocimiento”

La procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de una licencia de maternidad

Nuestra Carta Magna en su artículo 43 consagra en relación con la mujer que, “...Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado...”, esto es establece una protección especial para la mujer durante el periodo de gestación y después del parto.

Con relación a esta especial protección la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado en muchas oportunidades, una de ellas mediante sentencia T-092 de 2016 en la cual indica que:

*“ (...) de manera excepcional, la Corte ha determinado que, la acción de tutela se despoja de su carácter subsidiario para convertirse en un mecanismo de defensa principal, por lo menos, en dos supuestos: (i) cuando la persona que reclama la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada, es un sujeto de especial protección constitucional, como el caso de las madres gestantes y de las madres y sus hijos recién nacidos ; y (ii) **cuando la persona que reclama el pago de una prestación social, como la licencia de maternidad, ve comprometido su derecho fundamental al mínimo vital y el de su hijo que acaba de nacer, por no contar con otra fuente de ingresos que les asegure una digna subsistencia.** (...)”*

Además, sobre el pago de la licencia de maternidad, la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas oportunidades indicando que, si se amenaza el mínimo vital de la madre y el recién nacido ante la negativa de cubrir el pago de la licencia de maternidad, ésta deja de ser un derecho de carácter legal para tornarse en derecho fundamental, cuya protección es procedente a través del mecanismo de la tutela. Incluso, la alta Corporación Constitucional señala que debe concluirse que el no pago de la licencia de maternidad presume la afectación del mínimo vital de una madre gestante o lactante y de su bebé dado que, que como prestación económica tiene por objetivo otorgar a la madre un descanso remunerado con el fin de que se recupere del parto y la posibilidad de brindarle al recién nacido el cuidado y la atención requerida.

Respecto al tema, en sentencia en sentencia T-365 de 2007 se señaló que:

“En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha sostenido que la licencia de maternidad constituye un mecanismo importante para garantizar los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social de los niños y de las mujeres durante la etapa de la maternidad”.

En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha indicado que la licencia de maternidad representa una prestación económica “[e]n favor de la madre trabajadora que con ocasión del embarazo y parto, requiere de un descanso que le permita recuperarse físicamente y cuidar de su hijo, para lo cual resulta indispensable, contar con los medios económicos que le permitan velar por su subsistencia y la de su menor hijo, en la época próxima y posterior al parto, con

las mismas condiciones que si se encontrara laborando...”

Así mismo, con relación a la determinación y prueba de la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital de la madre y de su menor hijo, como consecuencia de la falta de pago de la licencia de maternidad, en la sentencia T-032 de 2007 la Corporación precisó:

“Debe anotarse que jurisprudencialmente se ha considerado viable la reclamación por vía de la acción de tutela, del pago de la licencia de maternidad, siempre que el no pago de tal prestación vulnere el derecho fundamental al mínimo vital de la madre y/o el de su hijo recién nacido, situación que se presume puede alegarse dentro del año siguiente al parto, cuando quiera que la madre devengaba un salario mínimo o cuando dicho ingreso constituía su único ingreso económico. Sin embargo, esta presunción podría desvirtuarse por el empleador o la EPS probando para ello, que la accionante cuenta con otra fuente de ingresos, o que los ingresos por ella devengados son superiores a un salario mínimo mensual, sumas suficientes para satisfacer sus necesidades” (Subrayado fuera del texto).

En este orden de ideas, se desprende la procedencia de la acción de tutela en los siguientes casos:

i) Cuando el derecho al pago de la licencia de maternidad se halla en relación inescindible con derechos fundamentales de la madre o del recién nacido –v.gr. derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud-, y por tanto, configura un derecho fundamental por conexidad, susceptible de protección por vía de tutela.

ii) Cuando la satisfacción del mínimo vital de la madre y del recién nacido dependen del pago de la licencia, el reconocimiento de este derecho deja de plantear un tema exclusivamente legal, sometido a la justicia laboral, y se torna constitucionalmente relevante.

iii) En este último caso, para que se abra paso al amparo constitucional, es menester que la tutela para el pago de la prestación económica sea instaurada por la madre dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo.

Caso Concreto

Descendiendo al caso bajo estudio y analizadas las pruebas allegadas al plenario, observa el Despacho que la accionante **ALEJANDRA CANAL ROA** pretende la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital, en consecuencia, se ordene a la convocada FAMISANAR EPS que proceda a reconocer y pagar la prestación económica por concepto de licencia de maternidad causada del 18 de febrero de 2023 hasta el 23 de junio de 2023, para un total de 126 días, pues la accionada se negó a reconocer dicha prestación económica.

En relación con lo anterior, **FAMISANAR EPS**, informó que durante el periodo de gestación la accionante realizó pagos extemporáneos a sus aportes de salud.

Por lo anterior, y reconocida por la accionada la afiliación y la existencia de la incapacidad/licencia de maternidad, se estudiará la procedencia de la acción de tutela para el pago de licencias de maternidad, pues según la jurisprudencia,

resulta procedente cuando se amenaza directamente el mínimo vital, es así como aplicado al caso en concreto se tiene que dentro de las manifestaciones hechas en el escrito contentivo de tutela, la señora ALEJANDRA CANAL ROA refiere que: *“...se está afectando mi mínimo vital y el de mi núcleo familiar, ya que requiero de estos ingresos que percibía, para cubrir los gastos personales y familiares, tales como el pago de arriendo, servicios públicos, alimentación, manutención etc”*.

De lo que resulta, que la licencia de maternidad es una situación que se presume y puede alegarse dentro del año siguiente al parto, lo que para el caso se encuentra probado con el parto ocurrido el día 18 de febrero de 2023 y la accionante promueve la acción constitucional, aproximadamente 3 meses después del hecho, sumado a que de conformidad con la certificación de aportes al Sistema de Seguridad Social, se encuentra acreditado el pago durante el periodo de gestación, existiendo controversia solo con los meses de mayo y junio de 2022.

En concreto, los requisitos para que la madre gestante acceda a la prestación económica por licencia de maternidad, pueden recopilarse de la siguiente manera:

i) En principio, la trabajadora debe haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el período de gestación. No obstante, en los casos en los que las semanas dejadas de cotizar correspondan a menos de dos (2) meses frente al total del tiempo de la gestación, se ordenará el pago de la referida licencia de maternidad de manera completa en un ciento por ciento (100%)² Si superaron los dos (2) meses frente al total de semanas que duró el período de gestación, el pago de la licencia de maternidad se hará de manera proporcional a dichas semanas cotizadas.

ii) La entidad obligada a realizar el pago es la EPS, con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 161 de la Ley 100 de 1993.³

iii) Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos fueron aceptados en esas condiciones por la entidad promotora del servicio de salud, hay allanamiento a la mora y por tanto la EPS no puede negar el pago de la licencia. (negrilla y subrayado fuera de texto)

En cuanto al allanamiento a la mora la Corte Constitucional ha sostenido que cuando se presenta tal fenómeno, las entidades prestadoras de salud, EPS, son las responsables de cancelar la incapacidad por enfermedad general, al respecto estable en la sentencia T-018 de 2010 que:

“Bajo esta línea argumentativa, aun cuando el empleador o el trabajador independiente hayan cancelado de manera tardía o de manera incompleta las cotizaciones en salud, pero la EPS no lo haya requerido para que lo hiciera, ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la EPS se allanó en la mora por la mera aceptación del dinero, y por tanto se encuentra obligada a pagar la incapacidad laboral del trabajador o cotizante independiente.” (Resalta el Juzgado)

² Sentencias T-136 de 2008, T-963 de 2009 entre otras.

³ Sentencia C-383 de 2006.

En ese mismo sentido, el máximo Tribunal Constitucional, en Sentencia T-526 de 2019, reiteró que:

“Las entidades promotoras de salud que no hayan iniciado las acciones de cobro pertinentes a los empleadores morosos, no pueden negar el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, como lo son las incapacidades originadas de enfermedades comunes o la licencia de maternidad, bajo el argumento de que el afiliado –cotizante– se encuentra en mora en los aportes a salud, toda vez que esta (la EPS) contó con los mecanismos para efectuar el cobro coactivo.

Es claro que la H. Corte Constitucional de forma reiterada ha afirmado que en cabeza del Estado recae la protección tanto de la madre gestante o lactante, como para el niño en aras de proteger la familia pues esta es la institución básica de la sociedad.

Aunado que la Alta Corte ha establecido que la licencia de maternidad, como prestación económica del sistema de salud en seguridad social, es *“(...) un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que ésta 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

Además, el caso objeto de estudio, se advierte que la promotora del amparo cumple con los presupuestos establecidos en el Decreto 780 de 2016 para el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas, esto es: **(i)** estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de Cotizante, toda vez que la accionante se encuentra afiliada a Famisanar EPS; y **(ii)** haber efectuado aportes por un mínimo de 4 semanas, pues se encuentran acreditados los aportes al sistema desde el 9 de febrero de 2022 hasta el 3. de mayo de 2023, es decir, que los aportes fueron realizados durante el periodo gestación, aun cuando 2 de esos pagos hayan sido efectuados de manera extemporánea, pues la EPS convocada no acreditó que haya requerido a la actora para que efectuara el pago de los aportes en mora, ni hubiere rechazado el pago realizado, de manera que, se entenderá que la EPS **se allanó en la mora por la mera aceptación del dinero, y por tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad.**

Bajo los anteriores derroteros legales, jurisprudenciales y fácticos resulta evidente para el Despacho, que la accionante cumple con los términos fijados legal y jurisprudencialmente para obtener el reconocimiento económico de la licencia de maternidad, y dada la naturaleza de dicha prestación, el solo hecho de su no cancelación vulnera el derecho fundamental al mínimo vital y la vida digna de la accionante y su hijo recién nacido.

En efecto, como establece la jurisprudencia constitucional, la licencia de maternidad comporta una medida de protección en favor de la madre y de su hijo recién nacido, la cual se efectiviza no solo a través de su reconocimiento como período para la recuperación física de la madre y al cuidado del niño, sino además con el efectivo pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre destinados a cubrir sus necesidades y las del niño, durante el tiempo que cesa en sus actividades para disfrutar del periodo

concedido. Privilegio que es reconocido a las madres trabajadoras, sean dependientes o independientes.

Además, al encontrarse impedida la accionante para trabajar por razones de su parto que la incapacita para laborar y no recibir la retribución que amerita tal incapacidad, se vería afectada notablemente en su mínimo vital, y es precisamente uno de los fines del Estado evitar que esto ocurra, además la EPS accionada no contravirtió, ni desvirtuó dicha afectación.

Así las cosas, en aras de garantizar el derecho al mínimo vital, y la seguridad social de la señora ALEJANDRA CANAL ROA, el Despacho ordenará a FAMISANAR EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, a RECONOCER y CANCELAR a la accionante la licencia de maternidad a que tiene derecho la accionante por el valor correspondiente legal, conforme con la base de cotización mensual de sus aportes.

III. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DEL DISTRITO JUDICIAL 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 solicitado por **ALEJANDRA CANAL ROA** identificada con cédula de ciudadanía No. 1.020.791.540, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de **FAMISANAR EPS**, o quien haga sus veces, que dentro de las **cuarenta y ocho (48) horas** siguientes a la notificación de este fallo, sin importar los trámites administrativos que tenga que adelantar, proceda a **RECONOCER** y **CANCELAR** a la accionante, la licencia de maternidad la con fecha de inicio 18/02/2023 y fecha final 23/06/2023 para un total de 126 días, que le fue concedida por su médico tratante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. De las determinaciones que se adopten en cumplimiento de este fallo deberá notificarse el Juzgado dentro del término atrás indicado.

TERCERO: Notifíquese la presente decisión a los extremos de la acción en forma personal o por el medio más idóneo o expedito posible. **Entréguese copia del presente fallo a la accionada.**

CUARTO: Si la presente decisión no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional, para su eventual REVISIÓN. Ofíciense. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

Cristhian Camilo Montoya Cardenas
Juez Municipal
Juzgado Pequeñas Causas
Juzgado 39 Pequeñas Causas Y Competencia Múltiple
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2b3b07bdc0a9dd43a656c366c59384e24397cd99753d852590976f5357bb57f**

Documento generado en 24/05/2023 08:01:32 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>