



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE
DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

j39pccmbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., primero (1°) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Ref. ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41-89-039-2024-00228-00.

ACCIONANTE: ANGIE LORENA VARGAS ZAMBRANO.

ACCIONADA: EPS FAMISANAR S.A.S.

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

Expone la accionante **ANGIE LORENA VARGAS ZAMBRANO** identificada con cédula de ciudadanía No. 1.014.249.181, en síntesis, que se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud como cotizante independiente en **EPS FAMISANAR S.A.S.**, misma que se encargó de atender su proceso de gestación, el cual finalizó con el nacimiento de su hija el día 3 de diciembre del año 2023.

Afirmó que desde el mes de agosto del año 2018 ha realizado sus pagos mensuales a través de aportes en línea. Desde el día 7 de diciembre del año 2023 ha solicitado a la accionada la transcripción de la licencia de maternidad a través del canal virtual dispuesto por la EPS, motivo por el que el 12 de diciembre del año 2023 le fue notificado la radicación de su licencia de maternidad con el numero 5010-2023-E-635758, empero a pesar de acercarse de manera presencial para dar trámite a su solicitud en aras de buscar el pago de la licencia respectiva, le informaron que la misma se negó por no aportarse la historia clínica. Motivo por el que debió nuevamente radicar su solicitud adjuntando además su historia clínica, generando un numero nuevo de radicación 5010-2024-E-046280, sin embargo, a la fecha no le han dado respuesta afectando su derecho fundamental además de asegurar que no cuenta con ingresos para solventar los gastos propios y la de su menor.

2. La Petición

Con fundamento en lo anterior solicitó se amparen los derechos fundamentales a su mínimo vital, salud y seguridad social, en consecuencia, se ordene a la accionada **EPS FAMISANAR S.A.S.**, proceder al pago de la licencia de maternidad a que tiene derecho.

Se advierte que la accionante solicitó medida provisional, por lo que una vez analizada la misma, el despacho resolvió la misma de manera desfavorable mediante auto del 27 de febrero de dos mil veinticuatro 2024, ya que no se vislumbró hasta dicho momento la procedencia de la medida requerida o la causación de un perjuicio inminente con ocasión a la conducta de la accionada, o se advirtiese un daño consecuencial y, de igual forma, que la misma se basaba en las pretensiones

principales que han de ser objeto de decisión mediante el correspondiente fallo de instancia y, en suma, la documental aportada no era del todo legible, conllevando a la imperiosa necesidad de requerir a la accionante para que se sirviese de aportar todas las órdenes a lugar para con ello estudiar en debida forma su situación.

3.- Trámite Procesal

Una vez admitida la presente acción mediante auto del 27 de febrero del año 2024, se ordenó la notificación a la entidad accionada y a las vinculadas, a efectos de que ejercieran el derecho a la defensa sobre los hechos alegados., en donde **EPS FAMISANAR S.A.S.**, expuso: *“...no ha negado la prestación de los servicios solicitados por el afiliado, por el contrario, se encuentra validando y gestionando la autorización y programación de los servicios requeridos. Para lo cual, es preciso que el despacho nos otorgue un tiempo razonable y prudencial debido a que no es posible suministrar y agotar todos los procedimientos administrativos dentro del tiempo otorgado por el Despacho Judicial. De tales gestiones, y una vez materializado el servicio a favor del usuario, esta entidad remitirá al despacho un “informe de alcance” en donde se aportarán las pruebas y se solicitará la culminación de cualquier trámite judicial en contra de FAMISANAR EPS...”*.

La vinculada, **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, realizó un recuento normativo de los derechos alegados, de las funciones de las entidades promotora de salud EPS, coberturas de procedimientos y servicios, régimen de reconocimiento y pago de licencias de maternidad, el allanamiento en mora de la EPS, para luego solicitar su desvinculación proponiendo la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Por su parte la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, a través de su subdirectora técnica adscrita, expuso sus funciones, de la garantía en la prestación de los servicios de salud, sobre la falta de competencia de la superintendencia nacional para conocer del trámite del reconocimiento de prestaciones económicas, de la licencia de maternidad, luego propuso la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Finalmente, la **CONGREGACIÓN DE HERMANAS DE LA CARIDAD DOMINICAS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SANTÍSIMA VIRGEN - CLÍNICA PALERMO**, informó que: *“...autorice la licencia por maternidad que solicita la paciente ANGIE LORENA VARGAS ZAMBRANO, como consecuencia de la negativa por parte de la accionada, al alegar los pagos extemporáneos de los aportes a seguridad social. Lo anterior resulta como una medida evasiva por parte de la PES, teniendo en cuenta que la Clínica Palermo siempre ha prestado el servicio de salud en debida forma de acuerdo con los diagnósticos médicos y a su capacidad tecnológica, teniendo como único vínculo con la paciente, la atención de su parto en el mes de diciembre del 223, el cual se realizó de manera satisfactoria, por lo que no se le ha vulnerado derecho alguno a la paciente ... Adicionalmente la EPS será quien deberá garantizar la prestación del servicio de salud en debida forma al afiliado, por consiguiente, esta institución prestadora del servicio de salud no se encuentra vulnerando derecho fundamental alguno...”*.

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 quiera que 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 han vulnerado o no los derechos fundamentales a su mínimo vital, salud, seguridad social y petición de la accionante por parte de **EPS FAMISANAR S.A.S.**, al no reconocer y cancelar a su favor, la licencia de maternidad.

De la protección constitucional especial de la mujer en estado de embarazo y en la época posterior al parto

La mujer trabajadora en estado de embarazo y en la época posterior al parto, goza de una especial protección constitucional de acuerdo a la consagrado en el artículo 43 de la Constitución Política la cual precisa: “[l]a mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades, 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”.

Respecto de la procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de licencias por maternidad

Se tiene que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que las controversias relacionadas con derechos prestacionales deben, en principio, resolverse a través de los mecanismos de defensa ordinarios. Sin embargo, ha señalado que en los casos en que la falta de reconocimiento de un derecho de dicho carácter ponga en riesgo un derecho fundamental, es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio o definitivo para evitar un perjuicio irremediable.¹

Por ello, la Corte ha reconocido que es la acción de tutela el medio de defensa idóneo para reclamar el pago de la licencia por maternidad², si se evidencian dos aspectos relevantes: primero, que la acción se interponga dentro del año siguiente

1. Ver Sentencias T-460 de 2003, T-790 de 2005 y T-1011 de 2006.

2. En la Sentencia T-1223 de 2008 se estableció: “la protección de la mujer trabajadora embarazada en circunstancias de debilidad económica manifiesta, hace procedente la acción de tutela para el pago de los dineros adeudados correspondientes a la licencia de maternidad, pues existen circunstancias donde la licencia, que se constituye en el salario de la mujer que dio a luz durante el tiempo en que la trabajadora permanece retirada de sus labores, es el único medio de subsistencia en condiciones dignas tanto para la mujer como para su familia, en especial para el recién nacido.” En este mismo sentido, pueden consultarse las Sentencias T-247 de 2008, T-505 de 2008, T-794 de 2008, T-998 de 2008, T-368 de 2006, T-205 de 1999, T-990 de 2007.

al nacimiento, es decir, cumpliendo con el principio de inmediatez³; y segundo, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo.

Figura del allanamiento a la mora por el pago extemporáneo de las cotizaciones

Sobre el particular es pertinente precisar que las incapacidades son prestaciones económicas que ayudan al **trabajador dependiente o independiente** a sobrellevar una pérdida de capacidad temporal que le impide ejercer sus labores en condiciones de normalidad. En consecuencia, es sabido que la Corte Constitucional ha establecido que mientras dure la afectación en la salud del trabajador, el pago de las incapacidades impide que su capacidad económica se vea menguada, y por lo tanto pueda sufragar sus necesidades básicas y la de su núcleo familiar.

En Sentencia T 094 del año 2009 y T 490 del año 2015, entre otros pronunciamientos en donde enfatizó que: *“...al presentarse mora en el pago de las cotizaciones, si la entidad de salud no informa al empleador o cotizante independiente sobre esta situación, o no hace uso de los mecanismos legales diseñados para estas eventualidades, se está allanando a la mora en los pagos, situación que conduce a que sea responsable de brindarle un servicio total e íntegro a sus afiliados cuando le son reclamados.*

Respecto del pago de las incapacidades laborales, debidamente ordenadas por el médico tratante del trabajador, se debe señalar que éste resulta ser un medio para garantizar la debida recuperación de la salud del trabajador (Art. 49 de la Constitución), dado que le permiten cumplir con las medidas de reposo ordenadas por su médico tratante, sin que tal situación afecte su subsistencia ni la de las personas que dependan de él (Art. 53 de la Constitución).

Los requisitos definidos en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para que la EPS a la que se encuentre afiliado un trabajador esté obligada a pagarle las incapacidades laborales son los siguientes: (i) que el trabajador (dependiente o independiente) haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social mínimo las cuatro semanas anteriores a la ocurrencia de la incapacidad y (ii) que su empleador (en el caso de los trabajadores dependientes o él mismo, en el evento de que se trate de un trabajador independiente) haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho y que lo haya hecho de manera completa, frente a las cotizaciones de todos sus trabajadores, por lo menos durante el año anterior a la fecha de causación del derecho.

En el evento que el empleador no cumpla con el segundo requisito señalado, será él y no la EPS, el encargado de pagarle la incapacidad laboral al trabajador.

Frente al último requisito mencionado, la Corte Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia, que aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía o de manera incompleta las cotizaciones en salud de un trabajador, pero la

3. En cuanto al principio de inmediatez, luego de distintas posturas, la Corte Constitucional armonizó y adoptó a partir de la Sentencia T-999 de 2003 como medida de protección al recién nacido (a) y a la madre gestante, la ampliación en la oportunidad para que la madre solicite el amparo dentro del término de un año a partir del nacimiento del niño. Lo anterior con fundamento en el artículo 50 de la Constitución.

*EPS demanda no lo haya requerido para que lo hiciera, ni hubiere rechazado el pago realizado, **se entenderá que la EPS demandada se allanó en la mora del empleador, y por tanto se encuentra obligada a pagar la incapacidad laboral del trabajador***". (negrilla y subraya fuera de texto).

En este sentido, es oportuno traer a colación lo normado en el **Decreto 1427 de 2022** por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamentan las prestaciones económicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones:

*"(...) **Artículo 2.2.3.2.1 Condiciones para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.** Para el reconocimiento y pago de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que la afiliada, acredite las siguientes condiciones al momento del parto:*

- 1. Estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante y en estado activo.*
- 2. Haber efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.*
- 3. Contar con el certificado de licencia de maternidad expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta.*

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

A las afiliadas que hubieren cotizado por un período inferior al de la gestación, se les reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad, un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación, salvo lo previsto en el artículo 2.2.3.2.3 de este Decreto, para las trabajadoras independientes con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente. (...)"

En este orden de ideas, habrá lugar al pago de la licencia de maternidad, así:

- 1. Cuando la afiliada ha efectuado sus aportes de manera ininterrumpida durante los meses que corresponden al período de gestación.*
- 2. Cuando como consecuencia de la vinculación laboral para el caso de la cotizante dependiente o la afiliación de la independiente, las cotizaciones no se hicieron por la totalidad del período de gestación, se reconocerá y pagará proporcionalmente por el número de días cotizados sobre el tiempo real de gestación.*
- 3. Si durante el período de gestación, el empleador o la cotizante independiente no han realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad, siempre y cuando a la fecha del parto se hayan cancelado las cotizaciones debidas con los correspondientes intereses de mora.*

Por tanto, cumplidas las condiciones normativas exigidas para el reconocimiento de la licencia de maternidad, la persona tendrá derecho a la misma, sin lugar a dilaciones por parte de la E.P.S.

Ahora bien, cuando se trate de una trabajadora independiente con un IBC equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, habrá de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 2.2.3.2.3 ibídem, cuyo tenor literal señala:

“(...) 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:

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

2. Cuando ha dejado de cotizar por más de dos períodos, 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”.

Caso Concreto

Descendiendo al sub examine y analizadas las pruebas allegadas al plenario, observa el Despacho que la accionante pretende la protección de sus derechos fundamentales a su mínimo vital, salud, seguridad social y petición de la accionante por parte de **EPS FAMISANAR S.A.S.**, al no reconocer y cancelar a su favor la licencia de maternidad.

Sea oportuno advertir que el **EPS FAMISANAR S.A.S.**, no cumplió con la obligación de informar lo acaecido con la accionante en razón a los derechos fundamentales que alega en esta especial acción, dando paso además a la presunción de veracidad regulada en el artículo 20 del Decreto Ley 2591 de 1991, aunado a que la aplicación de esta figura jurídica es más rigurosa cuando se comprometen sujetos de especial protección constitucional o en condición de vulnerabilidad.

Ahora, se logra evidenciar en la actuación que fue aportado como prueba documental, el registro civil de nacimiento de la menor, así como la incapacidad por licencia de maternidad de la accionante y, nótese que no fue objeto de reproche el argumento del pago efectuado por la promotora a sus aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de la entidad accionada como tampoco acreditó emitir respuesta de fondo al derecho y garantía de la licencia de maternidad en esta especial acción alegada, lo que es de su carga como integrante y corresponsable del sistema de seguridad social integral.

De manera que se presume entonces que al no objetarse que la actora canceló los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud como trabajadora independiente o que estos no fuesen recibidos por la accionada aunado a que no se opuso a ello -no se acreditó lo contrario- permite entonces, dar aplicabilidad a la

jurisprudencia antes memorada, consistente en el allanamiento a la mora previamente explicado pues es dable concluir que para que una EPS este excluida de pagar una incapacidad laboral, o para el caso objeto de estudio, la licencia de maternidad, debió requerir a la persona que incumplió para que realizase el pago de sus obligaciones legales o haber rechazado el pago por extemporáneo, trámites que no realizó, pues no se advirtió ello dentro de los documentos anexos a presente acción de tutela, ya que, se itera, la convocada, no rechazó los pagos ni notificó a la trabajadora independiente lo acontecido.

Con lo discurrido, es claro entonces que la situación de la promotora constitucional se encuadra dentro de los presupuestos trazados por la Corte Constitucional, si en cuenta se tiene que, además de encontrarse afiliada la accionante al Sistema General de Seguridad Social en Salud con anticipación a la fecha en que empezó su licencia de maternidad, también se presume que realizó todos los pagos hasta la fecha sin ser rechazados y, conforme lo certifica la licencia de maternidad de número único 308042-1, la misma tuvo una duración de ciento setenta días (170) días, comprendidos desde el 3 de diciembre del año 2023 hasta el 20 de mayo del año 2024.

Ahora, nótese que la EPS convocada al trámite constitucional no desvirtuó lo expuesto en la acción de tutela, sino que aseguró dar priorización en las gestiones y, una vez materializado el servicio solicitado por la usuario así lo remitiría, y es por esto que, prevé el juzgado que la EPS aún no ha cumplido con su obligación legal frente a su afiliada en el pago de la licencia de maternidad aquí alegada, como acaba de dilucidarse con anterioridad, por lo que esta situación conlleva a que sea **EPS FAMISANAR S.A.S.**, la responsable de hacer el reconocimiento y pago que, por concepto de licencia de maternidad, reclama la promotora constitucional.

De lo anterior es dable concluir que el derecho a tener un mínimo vital que le permita a la afectada una congrua subsistencia se ha visto afectado, tanto para la actora como para su menor nacido, razón por la cual debe concederse el amparo solicitado.

En consecuencia, en aras de amparar los derechos fundamentales de la accionante **ANGIE LORENA VARGAS ZAMBRANO**, se ordenará al representante legal de **EPS FAMISANAR S.A.S.**, o quien haga sus veces que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, sin importar los trámites que tenga que adelantar, ya que no pueden afectar bajo ninguna circunstancia a la promotora constitucional, realice las gestiones administrativas a lugar para que le sea pagado los valores que le corresponden por ley, por concepto de licencia de maternidad, comprendida desde el 3 de diciembre del año 2023 hasta el 20 de mayo del año 2024.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER el amparo constitucional solicitado por la señora **ANGIE LORENA VARGAS ZAMBRANO** identificada con cédula de ciudadanía No.

1.014.249.181, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de **EPS FAMISANAR S.A.S.**, o quien haga sus veces que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, sin importar los trámites que tenga que adelantar, ya que no pueden afectar bajo ninguna circunstancia a la promotora constitucional, realice las gestiones administrativas a lugar para que le sea pagado los valores que le corresponden por ley, por concepto de licencia de maternidad, comprendida desde el 3 de diciembre del año 2023 hasta el 20 de mayo del año 2024.

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta decisión a los extremos de la acción por el medio más idóneo o expedito posible.

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

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

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: efde1454b882d6c3a484123ea39c20effc359a903df6c52ba298aa7821eea065
Documento generado en 01/03/2024 02:13:45 PM

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