



San Gil, Cinco (05) de Mayo de Dos Mil Veintitrés (2023)

Sentencia No. 026 Radicado 2023-00024-00

Surtido el trámite establecido por el Decreto 2591 de 1991 y estando dentro del término señalado en el artículo 29 ibidem, procede el despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela impetrada por la señora LAURA FERNANDA DULCEY NIEVES, identificada con Cedula de Ciudadanía número 1.098.673.700 expedida en Bucaramanga (Santander) en contra de FAMISANAR E.P.S.

I. ANTECEDENTES

La prenombrada ciudadana, promovió acción de tutela en contra de FAMISANAR E.P.S., propendiendo por la protección de sus Derechos Fundamentales al Mínimo Vital y la Salud en conexidad con la Seguridad Social, con base en los siguientes:

II. HECHOS

El acontecer fáctico sobre el cual se sustenta el amparo impetrado, se contrae a lo siguiente:

Afirma la inicialista que, se encuentra afiliada a FAMISANAR E.P.S. desde el 01 de abril de 2022 hasta la fecha, en calidad de trabajador independiente.

Aduce que el 20 de octubre de 2022 dio a luz a su hija A.G.D., con R.C. N° 111625012 en el Hospital Regional Manuela Beltrán del municipio de El Socorro (S.,)

Manifiesta que el 31 de octubre de 2022, envió un correo electrónico a la dirección correspondencia@famisanar.com.co y terceros@famisanar.com.co con los siguientes documentos para legalización de la licencia de maternidad: certificación bancaria, RUT, cédula de ciudadanía, incapacidad médica y Registro Civil de nacimiento de su hija. Aduce que ese trámite se realizó bajo el amparo de la Ley 2114 de 2021, donde manifiesta que: *toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de 18 semanas, la cual se remunera con el salario que devengue al entrar a disfrutar el descanso. Y adicionalmente establece que, para el reconocimiento se debe presentar a la E.P.S. el Registro Civil de Nacimiento dentro de los 30 días siguientes a la fecha de nacimiento del menor.* Estos documentos quedaron radicados bajo el número 5010-2022-E-392753.

Comenta que, ante la ausencia de respuesta por parte de FAMISANAR E.P.S., solicitó información sobre el estado del trámite de la incapacidad el día 12 de diciembre de 2022 al correo correspondencia@famisanar.com.co. Que el 15 de diciembre siguiente, obtuvo respuesta, informándole que su petición había sido trasladada a la oficina de Conceptos Prestaciones Transcripción con correo conceptosprestacionestranscripcion@famisanar.com.co, pero nunca tuvo respuesta por parte de esta oficina, lo que atenta con lo inscrito en la Ley 1755 de 2015 donde se establece que **“toda petición debe resolverse dentro de los siguientes 15 días de su recepción”**. (Negrilla propia del texto original)

Adiciona que, tras no recibir contestación, decidió elevar un requerimiento ante la Superintendencia de Salud el día 02 de enero de 2023, informando el caso y solicitando que FAMISANAR E.P.S. reconozca la licencia de maternidad a la que tiene derecho, bajo el radicado PQRS-2023-E-000035.

Señala que, el día 03 de enero de 2023, FAMISANAR E.P.S. le contestó mediante radicado PQRS-2023-S-001924, lo siguiente: *“(…) Revisados los argumentos expuestos en su solicitud y de acuerdo con previa verificación que reposa en la base de datos de E.P.S. FAMISANAR S.A.S., la Dirección de Operaciones Comerciales se permite informar que, la Licencia de Maternidad No. 0009291487 con fecha de inicio del 20 de octubre de*



2022 por 126 días, se encuentra en proceso de auditoría, teniendo en cuenta que, se evidencia un incremento en las cotizaciones de los periodos que competen para la liquidación de la licencia. De modo que, una vez obtengamos respuesta del resultado de la auditoría interna realizada por nuestra Entidad, se notificará a cada una de las partes. (...)

Asegura que a 21 de abril de 2023, se han cumplido 173 días donde se han incumplido todos los términos existentes para el otorgamiento de su licencia de maternidad, y que el no pago de la misma ha generado una afectación gravísima a su mínimo vital y el de sus tres hijas A.G.D. de 6 meses, I.G.D. de 6 años y V.G.D. de 10 años, toda vez que el único ingreso que han tenido en estos momentos es el que soporta su pareja, Mario Galvis Tirado, con C.C. N° 91.160.101, pues ella lleva 18 semanas en las que no ha recibido salario ni pago de su incapacidad, violando su derecho a la Seguridad Social, Mínimo Vital e Igualdad.

Aporta como pruebas los siguientes documentos:

- Certificado de incapacidad N° 66522 con fecha de inicio 20/10/2022 y fecha de terminación 22/02/2023.
- Copia del corre electrónico mediante el cual envía los documentos para trámite de la incapacidad y licencia de maternidad.
- Solicitud ante FAMISANAR E.P.S. sobre el estado del pago de la licencia de maternidad.
- Respuesta de FAMISANAR E.P.S. a la PQRS interpuesta ante la Superintendencia de Salud.
- Registro Civil de nacimiento de la menor A.G.D.

III. PETICIONES

Del contenido de la demanda se concluye, que lo pretendido por la accionante es que se tutelen sus Derechos Fundamentales al Mínimo Vital y la Salud en conexidad con la Seguridad Social, y que, en consecuencia, se ordene a la accionada que, en un término perentorio, reconozca y pague la Licencia de Maternidad expedida mediante certificado de incapacidad N° 66522, comprendida entre el 20/10/2022 al 22/02/2023, a la cual tiene derecho.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez recibida por correo electrónico, de la oficina de Apoyo Local, según acta de reparto virtual N° 5469 del 21 de abril hogaño, este Despacho admitió la acción de tutela, ordenando correr traslado de la demanda a la accionada para que efectuara pronunciamiento y ejerciera su derecho constitucional de defensa y contradicción. En la misma proyección se vinculó a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, para que se pronunciara respecto de la demanda y ejerciera su derecho de defensa y contradicción.

Posteriormente y tras el pronunciamiento efectuado por parte de la accionante en torno a la respuesta obtenida de la accionada, mediante auto del 26 de abril hodierno se ordenó correr traslado de dicho memorial a FAMISANAR E.P.S., para que, en el término de un (1) día, se pronunciara al respecto.

V. ARGUMENTOS JURÍDICOS Y FÁCTICOS DE LAS ENTIDADES ACCIONADA y VINCULADA

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Por memorial allegado vía E-mail del 24 de abril de 2023, a través de la señora CLAUDIA PATRICIA FORERO RAMÍREZ, en su calidad de Subdirector Técnico, adscrita a



la Subdirección de Defensa Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud, de entrada alega falta de legitimación en la causa por pasiva, y solicita desvincular a la entidad de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a dicha entidad, dado que los fundamentos fácticos de la tutela, se desprende que la accionante requiere el pago de la licencia de maternidad cuya obligación está en cabeza de SANITAS E.P.S. (sic) a la que se encuentra afiliada, ya sea por trabas administrativas presentadas por la E.P.S., quien deberá pronunciarse de fondo sobre la omisión en el cumplimiento de los deberes que le corresponden, por tal motivo resulta evidente la falta de legitimación en la causa de esa entidad en el contenido de la presente.

Destaca los aspectos legales sobre las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud y el aseguramiento en salud de los usuarios al sistema, y adicionalmente indica que esa Superintendencia no es superior jerárquico de los actores que hacen parte del Sistema de Seguridad Social en Salud, citando como soporte jurisprudencial lo consignado en la sentencia C-921 de 2001 de la Corte Constitucional, aduciendo que solamente puede actuar en ejercicio de las facultades que le han sido asignadas por la ley, las cuales corresponden a la Inspección, vigilancia y control, para efectuar las averiguaciones con el fin de sancionar los incumplimientos de éstas, mediante el agotamiento de un proceso administrativo.

En torno a la licencia de maternidad, refiere que, de acuerdo con el concepto NURC 2-2017-023273 del 15 de marzo de 2017, emitido por la Oficina Asesora Jurídica, entre otros aspectos indica que:

“2.1 Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la licencia de maternidad por parte de las Entidades Promotoras de Salud-E.P.S., el Decreto Ley 019 de 2012, en su artículo 121 prevé:

“ARTÍCULO 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD.

El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, E.P.S. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento. Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.”

Sobre el particular, téngase que, actualmente, el Decreto 780 de 2016, compilatorio del Decreto 2353 de 2015, establece:

“Artículo 2.1.13.1. Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se 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.

En los casos en que, durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya 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 haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.



En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la E.P.S. o EOC.

(...)

Ahora bien, cuando se presente mora en el pago de los aportes la E.P.S. reconocerá a licencia de maternidad siempre y cuando se cancele la totalidad de los aportes adeudados y los intereses moratorios correspondientes. En suma, una vez la Entidad Promotora de Salud verifique el cumplimiento de estos requisitos, debe pagar a la trabajadora la licencia de maternidad en forma total, bien sea completa o proporcional de conformidad con lo anteriormente expuesto.

Informándose, que la licencia de maternidad, debe ser reconocida a la usuaria, que diera cumplimiento al artículo 2.1.13.1 del Decreto Único 780 de 2016 en concordancia con lo ordenado en el artículo 78 del Decreto 2353 de 2015, incluido en aquel, sin que la E.P.S. pueda alegar ningún otro motivo para negarla, toda vez que incluso si no se cotizó durante todo el tiempo del embarazo, debe reconocerse proporcional a los periodos cotizados, ya que se busca la protección de la madre y su menor hijo recién nacido.

Se pronuncia en relación con el pago extemporáneo de las cotizaciones y el allanamiento a la mora, aduciendo que la responsabilidad en el recaudo de los aportes corresponde a las entidades promotoras de salud y, en general, a las entidades de previsión social. En tal sentido, aquellas son titulares de las facultades que le otorga la ley para realizar el cobro de lo adeudado, razón por la cual no pueden alegar su propia negligencia para el no reconocimiento de las prestaciones económicas si previamente recibió los aportes, a pesar de haber sido pagados de manera extemporánea, referenciando lo que al respecto ha establecido la H. Corte Constitucional, al afirmar que: "(...) Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y, por lo tanto, la E.P.S. no puede negar el pago de la licencia. (Ver, entre otras, las sentencias, T- 458/99, T-765/00, T-906/00, T-950/00, T-1472/00, T-1600/00, T473/01, T- 513/01, T-694/01, T-736/01, T-1224/01, T-211/02 y T-707/02, T-996/02 y T-421 de 2004)".

Así mismo, cita textualmente lo establecido en el Decreto 780 de 2016, artículos 2.1.9.1 y 2.1.9.3, sobre los efectos de la mora en las cotizaciones del trabajador dependiente e independiente, al igual que el contenido del art. 2.1.9.6 del citado decreto, sobre las obligaciones que tienen las E.P.S. frente a los aportantes en mora, afirmando que, si el empleador o trabajador independiente canceló los aportes en forma extemporánea con sus respectivos intereses de 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 lo 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 E.P.S..

Menciona sobre la falta de competencia legal para conocer del trámite de reconocimiento de prestaciones económicas en la Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con lo establecido en la Ley 1949 de 2019 que modificó el artículo 41 de la ley 1122 de 2007 el cual a su vez había sido adicionado por el artículo 126 de la ley 1438 de 2011, precisando que la competencia para



dirimir conflictos originados en prestaciones económicas entre cotizantes y E.P.S. no recae en ese ente de control.

Con base en lo esgrimido como defensa, solicita que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Superintendencia Nacional de Salud, y por tanto se le desvincule del presente trámite tutelar.

Anexó como soporte, copia de los actos administrativos de nombramiento y posesión.

FAMISANAR E.P.S.

Ejerció su derecho de defensa y contradicción mediante correo electrónico de fecha 25 de abril de 2023, a través del señor ELKIN FABIÁN SILVA VARGAS, en calidad de Gerente Regional Norte de dicha E.P.S., quien indica que, una vez validado el sistema de información, el área de prestaciones económicas de esa entidad informa que la señora LAURA FERNANDA DULCEY NIEVES, cuenta con licencia de maternidad negada, puesto que durante el tiempo de gestación presentó los aportes a cotización en salud de manera extemporánea, teniendo en cuenta que la afiliada cuenta con fecha máxima de pago el 2° día hábil de cada mes, recordando que el decreto 1990 del 06 de diciembre de 2016 y el decreto 923 del 2017, establecen los días hábiles en los que deben realizarse tales pagos, de conformidad con los últimos dígitos del NIT o documento de identidad, insertando como imagen dentro del texto, los pantallazos respectivos.

Continuando con su defensa, hace alusión respecto de las generalidades de la licencia de maternidad, resaltando que legalmente para acceder al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la usuaria debe cumplir con unos requisitos, que básicamente son 3, a saber: i) Ser afiliada como cotizante; ii) Haber cotizado durante el período de gestación; y iii) Estar al día en el pago de las cotizaciones, exponiendo que si no se cumplen tales exigencias, la solicitante no puede tener derecho a la licencia de maternidad.

Por lo anterior, afirma que esta tutela no es procedente contra esa entidad, por cuanto la conducta asumida por FAMISANAR E.P.S. es legítima, ajustada a las disposiciones legales como el art. 45 del Decreto 2591 de 1991, y adicionalmente no existe vulneración o amenaza al derecho fundamental atribuible a esa entidad, pues su conducta en todo momento ha estado ajustada a la normatividad legal vigente que regula el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y las demás relacionadas con el caso presente, al no haber negación alguna de los servicios por parte de su representada.

En consideración de lo anterior, solicita desvincular del presente trámite a FAMISANAR E.P.S., por cuanto la conducta desplegada por ésta, ha sido legítima y tendiente a asegurar dentro de las obligaciones legales de la misma, teniendo en cuenta adicionalmente que no hay vulneración a ningún derecho fundamental por parte de esa entidad.

Anexa como probatoria el certificado de incapacidades de la señora LAURA FERNANDA DULCEY NIEVES, donde consta estado actual de la licencia de maternidad.

Posteriormente, mediante correo electrónico del 27 de abril de 2023, con ocasión del traslado que se le hiciera del memorial presentado por la accionante pronunciándose respecto de la respuesta anterior, la accionada FAMISANAR E.P.S. solicita un tiempo prudencial para brindar el respectivo informe, teniendo en cuenta que es el área de prestaciones económicas quien debe pronunciarse respecto al derecho de petición aludido por la señora LAURA FERNANDA DULCEY NIEVES, y luego, el 28 de abril siguiente, dando alcance a la contestación previa, manifiesta, entre otros aspectos, su ratificación en que la licencia de maternidad reclamada, fue negada pues durante el período de gestación presenta pagos extemporáneos a salud, aduciendo que habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad, siempre y cuando el pago de la totalidad de las cotizaciones correspondientes al período 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.

Para esta oportunidad, anexó como pruebas, la respuesta emitida a la accionante con fecha del 13 de enero de 2023, y el reporte de prestaciones económicas radicadas.

PRUEBA OFICIOSA

Por parte del Despacho, y con miras a un mejor proveer, se allegó al expediente la certificación de “Afiliados Compensados”, descargado de la página de la ADRES, correspondiente a la señora LAURA FERNANDA DULCEY NIEVES, donde consta los periodos compensados el tipo de afiliación como cotizante, y la observación pertinente sobre el tipo de pago efectuado.

VI. CONSIDERACIONES

A. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el art. 86 de la Constitución Nacional, el objetivo fundamental de la Acción de Tutela no es otro que la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales cuando los mismos se han visto vulnerados, o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente señalados por la Ley.

La Carta Política de 1991 consagra importantes garantías constitucionales y mecanismos para hacerlas efectivas, entre los cuales se encuentra la Acción de Tutela (Art. 86) diseñada con el objeto de proteger en forma inmediata los derechos fundamentales.

Así concebida, la acción de tutela es un derecho preferencial que se concreta en una vía judicial, a través de la cual las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por sujetos particulares en casos excepcionales.

Pero no obstante, ese carácter instrumental de justicia de tutela, no debe emplearse dada la informalidad y brevedad de los términos procesales a ella aplicables, para que los ciudadanos sometan a consideración por esta vía todo tipo de inquietudes y conflictos, cuando al tenor del Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 la acción es de naturaleza subsidiaria, es decir, procede tan solo cuando el titular del derecho violado o amenazado no cuente con otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así se ha pronunciado la Corte:

“(…) En otros términos, la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente al de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta le reconoce.” (Gaceta Constitucional, Sentencia T-001, abril 3 de 1992, página 167).

B. COMPETENCIA.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que, a través de la acción de tutela, toda persona pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos



constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo y procederá sólo en la medida en que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es así como la acción de tutela se encuentra reglamentada en los Decretos Legislativos 2591 de 1.991 y 306 de 1.992, así como por el Auto 124 de 2009, por lo que de acuerdo a esta reglamentación se dio trámite a la presente.

C. LEGITIMACION DE LAS PARTES INTERVINIENTES

En el caso objeto de estudio, se encuentra acreditado que la accionante LAURA FERNANDA DULCEY NIEVES, identificada con Cedula de Ciudadanía número 1.098.673.700 expedida en Bucaramanga (Santander), tiene legitimación por activa para incoar la presente acción de tutela en contra de FAMISANAR E.P.S., toda vez que está asumiendo de manera directa y a nombre propio, la defensa de sus Derechos Fundamentales presuntamente vulnerados por la entidad accionada.

En cuanto a la legitimación por pasiva, vemos que la presente tutela se dirigió en contra de FAMISANAR E.P.S., Ente Jurídico del orden privado, a quien se le atribuye la presunta vulneración del derecho constitucional fundamental de la accionante. En igual sentido, respecto de la vinculada SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a este Juzgado en esta oportunidad, determinar si FAMISANAR E.P.S. y/o la vinculada SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, vulneraron las prerrogativas fundamentales al Mínimo Vital y la Salud en conexidad con la Seguridad Social de la accionante LAURA FERNANDA DULCEY NIEVES, al negarse a reconocer y pagar el auxilio correspondiente a la Licencia de Maternidad, según Certificado de incapacidad N° 66522 con fecha de inicio 20/10/2022 y fecha de terminación 22/02/2023, y si es la acción de tutela el mecanismo idóneo para tal fin.

VIII. ASPECTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL A CONSIDERAR

Considera pertinente el Despacho traer a colación aspectos de orden constitucional en relación con los derechos invocados por la señora LAURA FERNANDA DULCEY NIEVES, de los cuales busca su protección, donde la Corte Constitucional en su jurisprudencia¹ trató la procedencia de la Acción de Tutela para reclamar derechos prestacionales, como la licencia de Maternidad, pronunciándose de la siguiente manera:

***“(…) ACCION DE TUTELA PARA EL PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD-
Requisitos de procedencia***

*Esta Corporación 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.** Así mismo la Corte ha establecido que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo*

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-278 del 17 de julio de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna. (...)” (Negrilla y subrayado del Despacho)

En la misma sentencia traída a colación, a propósito de la naturaleza y finalidad, así como sobre el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, el máximo órgano de cierre constitucional, expresó:

“(...) Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad

12. 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 épocas del parto².

La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se 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 vital³.

La licencia de maternidad es, entonces, 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 nacido⁴.

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 reconocimiento⁵.

13. Estos requisitos, según el artículo 1º de la **Ley 1822 del 4 de enero de 2017**⁶ son los siguientes:

“Artículo 1º. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: “Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. 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.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

(...) 14. Además, el artículo 2.1.13.1 del **Decreto 780 del 6 de mayo del 2016**⁷ dispone, en relación con el reconocimiento de la licencia de maternidad, lo siguiente:

“Artículo 2.1.13.1. Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes

² Código Sustantivo del Trabajo, artículos 236 a 238.

³ Sentencia T-603 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴ Sentencia T-204 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵ En relación con el requisito de cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud para obtener el reconocimiento de la licencia de maternidad, consultar Sentencia T-503 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶ “Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones.”

⁷ “Por medio de la cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.”



se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya 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 haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad. **El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la E.P.S. o EOC.** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

A su vez, el artículo 2.1.13.2 señala que cuando la trabajadora independiente cuyo ingreso base de cotización sea de un salario mínimo mensual legal vigente y hubiere cotizado un período inferior al de gestación tendrá derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad conforme a las siguientes reglas: Primera. Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos períodos procederá el pago completo de la licencia. Segunda. 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 al período real de gestación.

15. Asimismo, a través de la **Circular Externa 000024 del 19 de julio de 2017**, el Ministerio de Salud y Protección Social reiteró los requisitos señalados en la Ley 1822 de 2017 y el Decreto 780 de 2016 para el reconocimiento de las licencias de maternidad y paternidad⁸.

16. La anterior regulación permite concluir que cuando se trata de trabajadoras **dependientes**, para obtener el reconocimiento de la licencia de maternidad, aquéllas deben presentar ante **el 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.

Por otra parte, cuando se trata de trabajadoras **independientes**, estas deben efectuar el cobro de esta prestación económica directamente ante la E.P.S. y **el soporte válido para su otorgamiento es el Registro Civil de Nacimiento**. Lo anterior se infiere al aplicar analógicamente lo preceptuado en el parágrafo segundo del artículo 1º de la Ley 1822 de 2017 para la licencia de paternidad, pues ambas prestaciones económicas guardan una estrecha relación respecto de su objetivo y naturaleza⁹.

Vulneración al debido proceso por parte de las Entidades Promotoras de Salud al exigir formalidades y requisitos no contemplados en el régimen legal vigente para el reconocimiento de la licencia de maternidad.

17. De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Además, dicho precepto permite que los particulares acompañen al Estado en la prestación del servicio de conformidad con la ley. Por su parte, el artículo 49 Superior indica que el Estado debe establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, quienes quedarán sujetas a su vigilancia y control.

18. Ahora bien, el artículo 84 de la Constitución Política precisa que cuando un derecho es reglamentado de manera general, las autoridades no pueden establecer ni exigir requisitos adicionales para su ejercicio. A su vez, el artículo 29 Superior dispone que

⁸ Consultar en: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Circular%20No.024%20de%202017.pdf

⁹ En torno a la analogía debe señalarse que ella se predica de la interpretación de disposiciones, a efectos de aplicar la misma norma a dos casos, uno de los cuales está previsto como supuesto de hecho de la norma y el otro es similar. Pues bien, la analogía exige que se establezca la ratio de la disposición y aquello de la esencia de los hechos contenidos en la norma que lo hace similar al hecho al cual se pretende aplicar la norma. Al respecto ver sentencia T-960 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



“el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones”, y que para resolver el alcance de los derechos de los ciudadanos deben observarse “las leyes preexistentes” y “la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Es precisamente este el fundamento del principio de legalidad, el cual protege a los ciudadanos de decisiones arbitrarias que se aparten de la voluntad del Legislador democráticamente elegido.

19. De conformidad con las disposiciones constitucionales mencionadas, las entidades particulares encargadas de la prestación de los servicios del Sistema de Seguridad Social, no pueden exigirle a las beneficiarias que pretenden el reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, el cumplimiento de formalidades no previstas legalmente, porque implica imponer cargas excesivas a personas que dadas sus circunstancias, son sujetos de especial protección constitucional. En suma, la exigencia de requisitos y formalidades para acreditar el cumplimiento de los presupuestos para acceder a la licencia de maternidad, cuando los mismos no tienen un soporte previsto en la legislación nacional, conducen a una vulneración del derecho fundamental al debido proceso. (...).”

Así mismo, en reciente jurisprudencia¹⁰, el alto Órgano de cierre Constitucional, puntualizó sobre el tema en concreto, lo siguiente:

“(...) Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad

1. *El artículo 43 de la Constitución establece que las mujeres gozarán de “especial asistencia y protección del Estado” durante el embarazo y después del parto. En el mismo sentido, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce expresamente una protección especial para las madres después del parto asociada con el pago de la licencia de maternidad¹¹. Esta protección especial a la maternidad se concreta en la regulación del descanso remunerado en épocas anteriores y posteriores al parto, contemplada en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo¹². La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se otorga a la mujer después del parto materializa los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución social, y los derechos a la vida digna y al mínimo vital de ella y su hijo¹³.*

La licencia de maternidad es, entonces, una medida de protección a favor de la madre del recién nacido y de la institución familiar. Por un lado, se hace efectiva a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño o niña. Por otra parte, se materializa 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 de su hijo o hija. Así, 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, siempre que cumplan con los requisitos jurídicos para su reconocimiento.

La interrupción de cotizaciones durante el periodo de gestación

2. *El artículo 2.1.13.1 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016 señala en su inciso primero que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad está sujeto a que “la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al periodo de gestación”. No obstante, el inciso segundo prevé el pago proporcional a los días cotizados si se trata de trabajadoras independientes o, en el caso de las trabajadoras dependientes, si inició una vinculación laboral durante el periodo de*

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-014 del 24 de enero de 2022, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹ “Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: (...) 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”. Este instrumento internacional fue ratificado por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968.

¹² La versión vigente de esta disposición es la prevista por la Ley 2114 de 2021, expedida el 29 de julio de 2021. No obstante, el periodo de licencia de maternidad de la accionante fueron las 18 semanas (126 días) transcurridas entre el 29 de diciembre y el 3 de mayo de 2021. Por lo tanto, la versión vigente del artículo 236 era la prevista en la Ley 1822 de 2017, que también contemplaba una duración de 18 semanas.

¹³ Sentencia T-603 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).



gestación¹⁴. En una línea similar, la posición de esta Corporación ha sido que la falta de cotización de todos los periodos durante la gestación:

“no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención ya que cada caso debe analizarse de acuerdo con circunstancias en que se encuentra quien lo solicita, de esta forma, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, de acuerdo a sus condiciones, y existe una vulneración del mínimo vital, éste debe proceder a proteger los derechos fundamentales tanto de la madre como del recién nacido”¹⁵.

*Al respecto, las diferentes Salas de Revisión de la Corte Constitucional han desarrollado dos reglas para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, aunque haya interrupciones en las cotizaciones durante la gestación¹⁶. La primera regla es que, si la afiliada cotizante no aportó durante **más de dos meses** de su gestación, podrá recibir una prestación económica por licencia de maternidad **proporcional** al tiempo cotizado. La segunda regla es que, si la afiliada cotizante no cotizó durante **dos meses o menos** de su gestación, tendrá derecho a recibir la **totalidad** de la prestación económica asociada con su licencia de maternidad. (...)”*

IX. CASO EN CONCRETO

Según la situación fáctica planteada en el libelo de tutela y las probanzas aproximadas por la accionante, se tiene que la inicialista LAURA FERNANDA DULCEY NIEVES, se encontraba afiliada al régimen general de seguridad social en salud, a FAMISANAR E.P.S., en calidad de trabajadora independiente, como cotizante en el régimen contributivo, para la fecha de nacimiento de su hija A.G.D. el 20 de octubre de 2022 – conservando dicha afiliación hasta la fecha actual –, habiéndole expedido certificado de incapacidad N° 66522, con fecha de inicio 20/10/2022 y fecha de terminación 22/02/2023, razón por la que el 31 de octubre de 2022, remitió a través de las cuentas de correo electrónico correspondencia@famisanar.com.co y terceros@famisanar.com.co, la documentación correspondiente a FAMISANAR E.P.S., a fin de solicitar el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad, la cual fue radicada bajo el N° 5010-2022-E-392753.

Al no obtener respuesta de la accionada, la libelista asegura que el 12 de diciembre de 2022, solicitó información del estado del trámite a través del correo electrónico correspondencia@famisanar.com.co, recibiendo respuesta el 15 de diciembre siguiente, de que su petición había sido trasladada a la oficina de Conceptos Prestaciones Transcripción con correo conceptosprestacionestranscripcion@famisanar.com.co, aduciendo que la misma no le fue atendida oportunamente, por lo cual efectuó requerimiento ante la Superintendencia de Salud, el 02 de enero hogaño, bajo Rdo. N° PQRS-2023-E-000035, con ocasión de lo cual la encartada FAMISANAR, al día siguiente, le dirigió una misiva en la que le informaba que su requerimiento se encontraba en proceso de auditoría, teniendo en cuenta que se evidenciaba un incremento en las cotizaciones de los períodos que competen para la liquidación de la licencia, y que al momento de obtener respuesta, le notificarían lo pertinente.

Advierte que a la fecha de interposición de la presente acción constitucional han transcurrido 173 días, sin que se haya resuelto su requerimiento de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, afectando considerablemente su mínimo vital y el de sus tres hijas, ya que el único ingreso para su subsistencia es lo percibido por su pareja, pues ella no ha recibido salario ni tampoco el pago de su licencia, lo que la obligó a recurrir al presente trámite constitucional en aras de la salvaguarda de sus derechos fundamentales.

¹⁴ Decreto 780 de 2016, artículo 2.1.13.1, inciso segundo: “Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se 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”.

¹⁵ Sentencia T-837 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Reiterado en las sentencias T-092 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo) y T-503 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

¹⁶ Estas dos reglas han sido reiteradas en las sentencias T-206 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-354 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-049 de 2011 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-368 de 2015 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-503 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).



En su intervención en el contradictorio, la Superintendencia Nacional de Salud, además de alegar falta de legitimación en la causa por pasiva, es específica en mencionar que no ostenta la calidad de superior jerárquico de los actores que hacen parte del sistema de seguridad social en salud, al igual que, en la actualidad, tampoco tiene dentro de su función jurisdiccional la competencia para conocer del trámite de reconocimiento de prestaciones económicas.

Empero, efectúa pronunciamiento sobre los aspectos legales que giran en torno al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, indicando que ésta, debe ser reconocida a la usuaria, que diera cumplimiento al artículo 2.1.13.1 del Decreto Único 780 de 2016 en concordancia con lo ordenado en el artículo 78 del Decreto 2353 de 2015, incluido en aquel, sin que la E.P.S. pueda alegar ningún otro motivo para negarla, toda vez que incluso si no se cotizó durante todo el tiempo del embarazo, debe reconocerse proporcional a los periodos cotizados, ya que se busca la protección de la madre y su menor hijo recién nacido, aunado a que las E.P.S. son titulares de las facultades que le otorga la ley para realizar el cobro de lo adeudado, razón por la cual no pueden alegar su propia negligencia para el no reconocimiento de las prestaciones económicas si previamente recibió los aportes, a pesar de haber sido pagados de manera extemporánea, citando textualmente lo establecido en el Decreto 780 de 2016, artículos 2.1.9.1 y 2.1.9.3, sobre los efectos de la mora en las cotizaciones del trabajador dependiente e independiente, al igual que el contenido del art. 2.1.9.6 del citado decreto, sobre las obligaciones que tienen las E.P.S. frente a los aportantes en mora, afirmando que, si el empleador o trabajador independiente canceló los aportes en forma extemporánea con sus respectivos intereses de 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 lo 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 E.P.S.

En contraposición, FAMISANAR E.P.S., tanto en la respuesta al traslado de la demanda inicial, como en la del memorial de pronunciamiento de la accionante, es enfática en afirmar que ha obrado conforme a la legislación vigente en la materia, para declarar la negación del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad reclamada por la libelista, atendiendo a que la usuaria durante el tiempo de gestación presentó los aportes a cotización en salud de manera extemporánea, no obstante que cuenta con fecha máxima de pago el 2º día hábil de cada mes, aduciendo que habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad, siempre y cuando el pago de la totalidad de las cotizaciones correspondientes al período 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.

Partiendo de la actualidad normativa y jurisprudencial relacionada con la licencia de maternidad que se planteó como hermenéutica jurídica a desarrollar, queda claro para esta Judicatura, que pese a que la jurisprudencia de la Corte Constitucional precisó que las controversias relacionadas con derechos prestacionales deben, en principio, resolverse a través de los mecanismos de defensa ordinarios, en el sub examine no se puede pasar por alto que la falta de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad concedida a LAURA FERNANDA DULCEY NIEVES, puede afectar los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su menor hija recién nacida y las otras dos hijas más, circunstancias en las que la remisión a las acciones ordinarias para solucionar la controversia puede hacer nugatorio el goce efectivo de tales derechos fundamentales, por lo que se activa la competencia del juez constitucional para conocer de fondo la materia, como mecanismo definitivo para evitar un perjuicio irremediable.

Lo anterior tiene asidero en dos aspectos, tal y como lo demanda la máxima Corporación en la sentencia previamente citada¹⁷: el primero, la inmediatez, pues nótese

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-278 del 17 de julio de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



que la acción fue interpuesta dentro del año siguiente al nacimiento; segundo, la irrefutable razón de que la señora LAURA FERNANDA DULCEY NIEVES, requiere del pago de su licencia de maternidad, máxime cuando a la fecha es una trabajadora independiente, cuya labor es la única fuente de ingreso para satisfacer sus necesidades y las de sus menores hijas, y partiendo de lo considerado por el alto Tribunal, al no pagarse la licencia de maternidad, la cual hace parte del mínimo vital, y está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su falta de cancelación vulnera el derecho a la vida digna¹⁸ de la madre, también extensivo a la recién nacida.

Es por lo antecedente que a la luz de la jurisprudencia en cita, conforme lo detallado en el escrito genitor, deja entrever la libelista que se encuentra en riesgo o que se está viendo afectado su mínimo vital, por lo que la carga de la prueba se invierte, siendo la E.P.S. accionada, la que debe entrar a controvertir tal afirmación indefinida; sin embargo, como ocurrió en el presente caso, dicha posibilidad desapareció, pues aunque la E.P.S. participó activamente en el contradictorio, ninguna mención hizo ante tal aspecto, radicalizando su posición en torno a la negativa de reconocer y pagar la licencia reclamada, por causa de los aportes extemporáneos efectuados por la usuaria.

Ahora bien, teniendo en cuenta que fue verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos por el máximo órgano de cierre Constitucional, consistentes en que (i) el término de interposición de la acción, no supera un año después del nacimiento de la hija, (ii) y que se presume la afectación al mínimo vital de la señora LAURA FERNANDA DULCEY NIEVES, ya que la E.P.S. no la desvirtuó, también se tiene que de la prueba oficiosa aproximada al contradictorio por parte de este Fallador, da cuenta que la hoy libelista figura con pagos en el reporte de compensaciones al Sistema de Seguridad Social en salud, durante todo el período de gestación, tal y como lo detalla la imagen que a continuación se inserta:



Administradora de los Recursos del Sistema
General de Seguridad Social en Salud
ADRES



La salud
es de todos

Minsalud

Tipo Identificación	Numero Identificación	Primer Apellido	Segundo Apellido	Primer Nombre	Segundo Nombre	Ultimo Periodo Compensado	EPS/EOC	Tipo Afiliación
CC	1098673700	DULCEY	NIEVES	LAURA	FERNANDA	2023-02	FAMISANAR E.P.S.	COTIZANTE
CC	1098673700	DULCEY	NIEVES	LAURA	FERNANDA	2022-03	NUEVA E.P.S S.A.	COTIZANTE

EPS/EOC	Periodos Compensados	Dias Compensados	Tipo Afiliado	Observacion*
FAMISANAR E.P.S.	02/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
FAMISANAR E.P.S.	01/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
FAMISANAR E.P.S.	12/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
FAMISANAR E.P.S.	11/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
FAMISANAR E.P.S.	10/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
FAMISANAR E.P.S.	09/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
FAMISANAR E.P.S.	08/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
FAMISANAR E.P.S.	07/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
FAMISANAR E.P.S.	06/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
FAMISANAR E.P.S.	05/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
FAMISANAR E.P.S.	04/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	03/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	02/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	01/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	12/2021	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	11/2021	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	10/2021	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	09/2021	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	08/2021	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	07/2021	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	06/2021	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	05/2021	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	04/2021	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	03/2021	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	02/2021	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	01/2021	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	12/2020	19	COTIZANTE	Pago con cotización

Fecha Reporte: 03/05/2023

Este reporte fue descargado de la pagina web
www.adres.gov.co

Pagina 1 de 4

¹⁸ Cfr. Sentencia T-368 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.



Por lo anterior se tiene que, a pesar de que la accionada afirma que los pagos fueron realizados de manera extemporánea, razón por la que advierte se halla facultada legalmente para negar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; lo cierto es que pese a la mora en sus consignaciones, según la prueba documental adjunta a la contestación de la E.P.S. accionada y el reporte de la ADRES, la accionante no ha dejado de hacer sus aportes a seguridad social en salud, con lo cual se deduce el allanamiento a la mora por parte de FAMISANAR E.P.S., ya que detentando la facultad para el cobro debido, cuya competencia se la otorga el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, no ha hecho uso de las herramientas legales con que cuenta para rechazar el pago o efectuar el cobro de los intereses a que haya lugar, evento que no es óbice, para sustraerse de la obligación que tiene de reconocer y pagar la licencia de maternidad de la accionante, afectando sobremanera el mínimo vital de la accionante y el de sus menores hijas.

Sobre el particular, así se pronunció la H. Corte Constitucional en su sentencia T-526 de 2019¹⁹:

“(...) 7. Jurisprudencia Constitucional sobre el allanamiento a la mora por parte de las Entidades Promotoras de Salud

Esta Corporación²⁰ ha indicado que existen eventos en los cuales la entidad promotora de salud se encuentra en la obligación de pagar prestaciones económicas, como incapacidades y la licencia de maternidad, a aquellos afiliados que se encuentran en mora en los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Esto ocurre cuando la E.P.S. se allana a la mora, es decir, que, frente al incumplimiento o cumplimiento tardío del aporte mensual al sistema de salud por parte del empleador, la entidad no hace uso de la facultad que detenta para el cobro de lo debido, competencia otorgada por el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, que establece lo siguiente:

“ACCIONES DE COBRO. *Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.*

En el mismo sentido, el artículo 2.1.9.1. del Decreto 780 de 2016 dispone que:

“Efectos de la mora en las cotizaciones de trabajadores dependientes. *El no pago por dos períodos consecutivos de las cotizaciones a cargo del empleador, siempre y cuando la E.P.S. no se hubiera allanado a la mora, producirá la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud contenidos en el plan de beneficios por parte de la E.P.S..*

(...) Durante los periodos de suspensión por mora no habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones económicas por incapacidad, licencias de maternidad y paternidad por parte del Sistema o de la E.P.S. y su pago estará a cargo del empleador, salvo que haya mediado un acuerdo de pago.

Los efectos previstos en el presente artículo se aplicarán siempre y cuando la E.P.S. no se hubiere allanado a la mora. *(Negrilla y cursiva fuera del texto original)*

El artículo precitado deja claro que, frente a la suspensión de la afiliación por mora en el pago de los aportes por parte del empleador, la E.P.S. no reconocerá ninguna prestación económica derivada de una incapacidad o licencia de maternidad, salvo que no haya efectuado las acciones que tiene a favor para el cobro de las mesadas adeudadas por los empleadores, pues de no realizarlo tendrá a cargo dichos rubros.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-526 del 06 de noviembre de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos.

²⁰ Sentencias T-335 de 2009, T-018 de 2010, T-115 de 2010, T- 786 de 2010, T-064 de 2012, T-263 de 2012, T- 862 de 2013 y T-724 de 2014, entre otras.



Así, asentar que las E.P.S. no reconozcan y paguen las incapacidades o la licencia de maternidad, pese a tener a su disposición mecanismos para el cobro de los aportes en mora por parte de los empleadores, sería aceptar que esta se favorezca de su propia negligencia, desconociendo los principios de buena fe y confianza legítima del afiliado²¹.

En el mismo sentido, es importante resaltar que, como bien ya se dijo en los acápites anteriores, no reconocer el pago de estas prestaciones económicas (incapacidad por enfermedad de origen común y licencia de maternidad) podría vulnerar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de las personas que subsisten de su salario, así como de su núcleo familiar dependiente económicamente de ellas.

Por consiguiente, se concluye 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 E.P.S.) contó con los mecanismos para efectuar el cobro coactivo. (...)

En ese orden de ideas, es claro para este Fallador, que FAMISANAR E.P.S., no puede desconocer la obligación que tiene de efectuar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad reclamada por la actora, cuando ha sido negligente en hacer uso de las facultades coactivas que la ley le otorga, y no puede trasladar a la tutelante trámites administrativos que le corresponden a dicha E.P.S., por lo que se concluye sin hesitación la flagrante vulneración de los derechos Fundamentales al Mínimo Vital y la Salud en conexidad con la Seguridad Social de la accionante y sus hijas, razón por la cual se accederá a las pretensiones de la libelista, y se ordenará en consecuencia **al Representante Legal de FAMISANAR E.P.S.**, o quien haga sus veces, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a realizar el trámite que corresponda en aras de reconocer, liquidar y pagar a la señora **LAURA FERNANDA DULCEY NIEVES**, identificada con Cedula de Ciudadanía número 1.098.673.700 expedida en Bucaramanga (Santander), el auxilio correspondiente a la Licencia de Maternidad, según Certificado de incapacidad N° 66522 con fecha de inicio 20/10/2022 y fecha de terminación 22/02/2023; así mismo, se dispondrá además lo consecuente con la notificación del fallo y su envío a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que el fallo no sea impugnado.

Como colofón, al no existir vulneración y/o amenaza de derecho fundamental alguno a la accionante por parte de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, se ordenará su desvinculación del presente trámite.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE SAN GIL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. **TUTELAR** los Derechos fundamentales al Mínimo Vital y la Salud en conexidad con la Seguridad Social de la accionante **LAURA FERNANDA DULCEY NIEVES**, identificada con Cedula de Ciudadanía número 1.098.673.700 expedida en Bucaramanga (Santander), en los términos y por las razones previstas en el presente proveído.

²¹ Sentencia T-529 de 2017.



SEGUNDO. ORDENAR al Representante Legal de **FAMISANAR E.P.S.**, o quien haga sus veces, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a realizar el trámite que corresponda en aras de reconocer, liquidar y pagar a la señora **LAURA FERNANDA DULCEY NIEVES**, identificada con Cedula de Ciudadanía número 1.098.673.700 expedida en Bucaramanga (Santander), el auxilio correspondiente a la Licencia de Maternidad, según Certificado de incapacidad N° 66522 con fecha de inicio 20/10/2022 y fecha de terminación 22/02/2023, conforme los lineamientos dispuestos por la Honorable Corte Constitucional y el Legislador y lo esbozado en el presente proveído.

TERCERO. DESVINCULAR del presente trámite tutelar a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

CUARTO. NOTIFÍQUESE esta providencia a todos los interesados en la forma prevista en los artículos 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

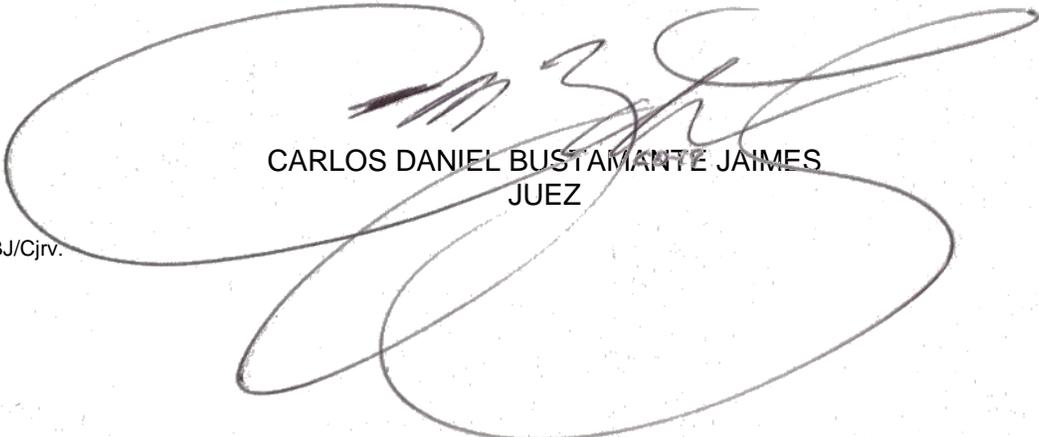
QUINTO. Contra este fallo procede la IMPUGNACIÓN presentada dentro de los tres días siguientes a su notificación.

SEXTO. A costa de la parte interesada expídase fotocopias auténticas de la presente sentencia, de así requerirlo.

SÉPTIMO. Si no fuere impugnada y en los términos dispuestos por el Consejo Superior de la Judicatura y el máximo órgano Constitucional, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

OCTAVO. EXCLUIDA DE REVISIÓN, previas las anotaciones de rigor, ARCHÍVENSE las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARLOS DANIEL BUSTAMANTE JAIMES
JUEZ
CDBJ/Cjrv.