



JUZGADO DIECINUEVE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Ref. Acción de tutela No. 2021-00396

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Despacho a decidir lo que en derecho corresponde frente a la acción de tutela incoada por Jonatan Andrés Tenjo Choconta actuando en calidad de representante legal de Liam Jacob Tenjo Moreno contra EPS FAMISAR y COLSUBSIDIO IPS.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El accionante solicitó la protección constitucional de los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, salud, mínimo vital e igualdad de su hijo recién nacido, que considera vulnerados por las accionadas al no reconocer y pagar con el retroactivo correspondiente la licencia de maternidad debido al fallecimiento de su madre Dayanna Moreno Beltrán (q.e.p.d).

2. Fundamentos fácticos

1. El actor, para fundamentar sus pretensiones adujo, en síntesis, que Dayanna Moreno Beltrán (q.e.p.d) ingresó a trabajar el día 12 de noviembre de 2019 en la empresa Croydon Colombia S.A. cotizando a través del régimen contributivo a la EPS FAMISANAR.

2. Indicó que el 13 de febrero de 2021, mientras la madre de su hijo se encontraba laborando tuvo una complicación de salud y a las 32 semanas se le practicó una cesaría de emergencia; sin embargo, luego del procedimiento el 22 de febrero siguiente sufrió un paro cardiorrespiratorio, siendo remitida a la unidad de cuidados intensivos, pese a ello el 25 de febrero en horas de la tarde falleció.

3. Agregó que el 2 de marzo del año en curso se acercó a las oficinas principales de la entidad accionada, para iniciar los trámites de reclamación de la licencia de maternidad en nombre Dayanna Moreno Beltrán (q.e.p.d); no obstante, se le notificó la negativa de la solicitud aduciendo que actualmente no cuenta con un empleador.

3. Trámite procesal

1. La acción de tutela se admitió mediante proveído de 11 de mayo de la presente anualidad y se dispuso la vinculación de la Secretaría Distrital de Salud, Ministerio de Trabajo, Colsubsidio, Instituto Colombiano del Bienestar Familiar, Croydon Colombia S.A, Exela Temporal, Clínica Colsubsidio de Roma y Calle 94

2. **EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** manifestó que una vez revisado su sistema de información no se evidenció solicitud de restablecimiento de derechos por parte del accionante o trámite de actuación

extraprocesal con relación al menor L.J.T.M, por lo tanto, no es el responsable de la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

Aunado a lo anterior resaltó que los niños, niñas y adolescentes dentro de la normatividad legal colombiana, ostentan una calidad especial de protección por parte del Estado, en razón a la condición de debilidad manifiesta y vulnerabilidad conforme a lo normado en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia.

3. Por su parte **EXELA SERVICIOS TEMPORALES S.A** informó que Dayanna Moreno Beltrán (Q.E.P.D.) se vinculó con esa compañía el 12 de noviembre de 2019 en virtud del contrato suscrito fue asignada para prestar sus servicios en misión para Croydon Colombia S.A, en vigencia de la relación laboral pagó de manera completa y oportuna los aportes al sistema de seguridad social, sin que tenga ningún tipo de vínculo con el accionante.

4. En respuesta al requerimiento efectuado CROYDON COLOMBIA S.A indicó que la señora Dayanna Moreno Beltrán (Q.E.P.D.) fue trabajadora en misión para la compañía siendo su real y verdadero empleador la empresa de servicios EXELA S.A, que era la responsable de realizar los pagos a seguridad social, así mismo, señaló que no existe registro bajo ningún concepto con el señor Jonatan Andrés Tenjo Choconta.

5. **EL MINISTERIO DE TRABAJO** solicitó declarar la improcedencia de la acción constitucional contra esa cartera ministerial por falta de legitimación en la causa por pasiva, comoquiera que esa entidad no es ni fue empleador del accionante lo que implica que no existe ni existió un vínculo de carácter laboral entre éste y esa entidad, por ende, no hay obligaciones ni derechos recíprocos de índole laboral de ninguna otra naturaleza entre las partes, lo que da lugar a la ausencia bien sea por acción u omisión de vulneración o amenaza alguna de los derechos fundamentales deprecados.

Posteriormente realizó un recuento de la normatividad que regula la licencia de maternidad recalcando que uno de los requisitos para acceder a la prestación en comento es que la mujer haya cotizado al Sistema de Seguridad Social en Salud durante todo el periodo de gestión siendo la Superintendencia Nacional de Salud quien ejerce la inspección, vigilancia y control de las entidades promotoras de salud.

6. Entretanto, la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD** adujo que el cumplimiento de las pretensiones de la acción de tutela son exclusivas de la E.P.S; no obstante, en el caso concreto existe un reconocimiento especial de la licencia de maternidad extensiva al padre por muerte de la madre según lo previsto en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

Afirmó que el limbo jurídico, en el particular radica en que el padre en su situación de desempleo, es claro que no cuenta con empleador que reconozca la maternidad y tampoco ha cotizado como independiente, privándose del reconocimiento de la prestación a que tenía lugar la madre por lo que se considera que la EPS ante la negativa, ha desconocido las disposiciones superiores que protegen los derechos fundamentales de los niños, por tanto, considera que se debe conceder el amparo de los derechos fundamentales del menor, máxime, si en cuenta se tiene la precaria situación económica que atraviesa el país debido a la emergencia sanitaria.

De otro lado señaló que esa dependencia no ha incurrido en violación alguna de las prerrogativas constitucionales incoadas resaltando que el responsable de pronunciarse de fondo es la EPS FAMISANAR pues no tiene a cargo la prestación del servicio de salud solicitando su desvinculación del presente trámite.

7. LA EPS FAMISANAR S.A manifestó que una vez revisado el caso de Dayanna Moreno Beltrán (Q.E.P.D.) en el historial de incapacidades solo registra 46 días de incapacidad entre el 24 de septiembre de 2018 al 5 de diciembre de 2020, sin que se evidencie licencia de maternidad grabada, para la transcripción de dicha prestación se requiere el certificado de licencia emitida por la IPS y copia de la historia para validar las semanas de gestación en el caso de los partos pretérmino.

Sumado a lo anterior, adujo que la pretensión resulta improcedente por cuanto en virtud del requisito de subsidiaridad la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de pretensiones de índole económico, el actor cuenta con otros medios de defensa judicial, no hay prueba del perjuicio irremediable y no existe certificado de licencia de maternidad expedido por la IPS, aunado al hecho que no se acreditó la legitimación en la causa en cabeza de Jonatan Andrés Tenjo Choconta, toda vez que, no allegó ningún documento que acredite su parentesco con la madre del menor ni fue reconocido como heredero en el trámite de sucesión correspondiente.

8. LA CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO, informó que no tiene ningún tipo de relación con el accionante dentro del marco de la seguridad social referente a la extensión de licencia de maternidad al padre del niño por lo que no es la entidad competente para resolver lo peticionado en la acción de tutela.

Afirmó que su registro medico asistencial se evidencia que *“la paciente requirió asistencia en Unidad de Cuidado Intensivo de la Clínica Calle 94 durante post-cesárea de urgencia por PREECLAMPSIA SEVERA. Paciente ingresa a la unidad, en malas condiciones generales, con requerimiento de mascara de no reinhalación, con saturaciones de 36%, se evidencia en monitor actividad eléctrica sin pulso se inician maniobras de reanimación realizando intubación orotraqueal con único intento, se conecta paciente a ventilación mecánica; se logra estabilizar paciente. La paciente cursa con evolución tórpida, en mal estado, presenta el día 25 de febrero parada cardiaca, se inicia maniobra de reanimación avanzada sin respuesta a las 18:50 hrs se declara fallecimiento de la paciente.”*

Conforme a lo antes citado adujo que la paciente Dayanna Moreno Beltrán (Q.E.P.D.) recibió la asistencia médica requerida atendiendo a la severidad de su caso y el estado de criticidad.

III. PROBLEMA JURÍDICO

El Despacho advierte que el problema jurídico del presente asunto se circunscribe a determinar si la conducta asumida por EPS FAMISAR vulnera o no los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, salud, mínimo vital e igualdad del menor Liam Jacob Tenjo Moreno.

IV. CONSIDERACIONES

1. Expuesto lo anterior se advierte que esta sede es competente para decidir la presente acción de tutela, conforme a lo previsto en el artículo 2.2.3.1.2.1. del

Decreto 1069 de 2015, en virtud del cual se expidió el “*decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho*”.

2. La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, cuando los mismos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades o de un particular, que preste “*un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado subordinación o indefensión*”, y no se cuente con otro mecanismo judicial para su salvaguarda.

3. Con relación a la licencia de maternidad cumple precisar que es una figura que se encuentra consagrada en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo y se traduce en una protección especial que se concede a las trabajadoras en un periodo antes y después del parto otorgándoles un descanso remunerado que tiene como fin sustituir los ingresos que devengaban y que con ocasión al alumbramiento se han visto suspendidos, de manera que puede ser entendida con una doble connotación, en primera lugar, como una medida que propende la recuperación tanto de las madres como de sus hijos recién nacidos y en segundo lugar garantiza que “*dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad*”¹

Ahora bien, la Jurisprudencia ha sido reiterativa en cuanto al carácter residual de la acción de tutela en virtud del cual en las causas en que se persigue el reconocimiento de prestaciones de tipo económico en principio la misma resulta improcedente por ausencia del cumplimiento del requisito de subsidiariedad no obstante tratándose de la licencia de maternidad la Corte Constitucional ha decantado que:

*“...la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad, pues aquel no puede considerarse como un derecho de carácter legal, sino, el contrario, debe considerarse como un derecho de carácter fundamental conforme a lo establecido en la Constitución Política y en los tratados internacionales, de orden prevalente, cuando se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y el niño. Por consiguiente, en situaciones particulares, la jurisdicción constitucional es competente para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la madre y el recién nacido, cuyo derecho al pago constituye un medio económico indispensable para su manutención...”*².

De lo anterior es dable colegir que la procedibilidad de la acción de tutela para el reconocimiento de dicha prestación se determinó en la medida su desconocimiento podría suponer la vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna y mínimo vital de la madre y del recién nacido cuya manutención depende del salario que se percibía antes del parto, de modo que, las acciones ordinarias resultan ineficaces para lograr la protección efectiva, así:

“En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad, en ocasiones, puede afectar los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su menor hijo, 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” (Sentencia T- 503 de 2016)

Sin embargo, la Corporación en cita ha sostenido que el amparo se torna procedente para reclamar, ante los jueces constitucionales, el reconocimiento de

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-489 de 2018.

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-790 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

la licencia de maternidad, siempre y cuando **i)** se verifique que la acción constitucional se interpuso dentro del año siguiente al nacimiento y **ii)** que ante la ausencia de pago de la licencia se compruebe por cualquier modo la afectación del derecho fundamental al mínimo vital.

Sumado a ello, se deben acreditar el cumplimiento de los requisitos legales para que el pago de la licencia, los cuales son **i)** que la beneficiaria haya cotizado al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación³; **ii)** que se hayan pagado al sistema de seguridad social en salud, cotizaciones por lo menos 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho; **iii)** La entidad obligada a realizar el pago es la E.P.S. con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral, pero, si el empleador no canceló los aportes o éstos fueron rechazados por extemporáneos, debe cancelarlos él y; **iv)** Si los aportes fueron cancelados de forma extemporánea y aún fueron aceptados por la E.P.S., ésta se allanó a la mora y el por ende, el pago de la licencia le corresponde⁴

4. De otro lado el numeral 4° del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo establece que la protección económica de que goza la madre con posterioridad al parto se hace extensiva en los mismos términos al padre biológico del menor cuando no cuenta con el apoyo de ésta bien sea por enfermedad o muerte. Al respecto cita:

*“Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, **la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.**”* (Énfasis fuera de texto).

5. Ahora en el ordenamiento jurídico existe un amplio desarrollo normativo encaminado a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que por su condición de vulnerabilidad e indefensión son considerados sujetos de especial protección constitucional, es así, como a través del artículo 44 de la Carta Política se ha implementado el principio de interés superior del menor como un criterio orientador que impone al Estado, la sociedad y la familia la obligación de garantizar su desarrollo armónico e integral bajo el postulado que los intereses de éstos prevalecen por sobre los derechos de los demás, al respecto señala la Corte Constitucional:

“...el interés superior del niño, niña y adolescente ha sido entendido como el reconocimiento de una “caracterización jurídica” particular, basada en el criterio prevaleciente de sus intereses y derechos, que obliga a la familia, a la sociedad y al Estado a proporcionarle un trato acorde con esa prevalencia, con el propósito “que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad”.

El principio de interés superior del menor de edad, según la Corte, debe proyectarse sobre toda la acción del Estado y de la sociedad “de manera que tanto las autoridades públicas como los particulares, en el ejercicio de sus competencias y en el cumplimiento de las acciones relacionadas con asuntos de menores, deben proceder conforme a dicho principio,

³ Decreto 471 de 2000. Artículo 3°, numeral 2°.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-530 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

haciendo prevalecer en todo caso el deber de asistencia y protección a la población infantil, en procura de garantizar su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, así como sus condiciones de libertad y dignidad”(Sentencia T-675 de 2016)

6. Previo a resolver de fondo el presente caso, la E.P.S FAMISANAR S.A.S alegó la falta de legitimación en la causa por activa puesto que Jonatan Andrés Tenjo Choconta, no allegó ningún documento que acredite su parentesco con la madre del menor ni fue reconocido como heredero en el trámite de sucesión correspondiente, sobre el particular cabe recordar que este aspecto constituye un presupuesto fundamental para la procedencia de la acción de tutela e implica que la misma debe ser formulada por la persona titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados o alguien que actúe en su nombre.

En el caso concreto, la legitimación por activa se encuentra acreditada pues teniendo en cuenta la doble finalidad de la licencia de maternidad para la protección de la madre y el menor, la solicitud de amparo fue formulada por Jonatan Andrés Tenjo Choconta, actuando en representación de su hijo recién nacido Liam Jacob Tenjo Moreno a propósito del fallecimiento de la madre Dayanna Moreno Beltrán (q.e.p.d) siendo evidente que tanto él como el niño serían los directamente afectados de encontrarse demostrada la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la negativa de la entidad accionada a reconocerle y pagarle la prestación económica en comento.

7. Precisado lo anterior conforme a las precisiones citadas en precedencia, descendiendo al caso objeto de estudio se encuentran demostradas al interior del asunto las siguientes circunstancias de orden fáctico:

- a) Que la señora Dayanna Moreno Beltrán (q.e.p.d) se encontraba vinculada a la empresa EXELA SERVICIOS TEMPORALES S.A desde el 12 de noviembre de 2019 siendo remitida a prestar sus servicios en misión para CROYDON COLOMBIA S.A.
- b) Que desde el momento de su vinculación su empleador realizó de forma oportuna todos los aportes correspondientes a seguridad social según se constata de la certificación allegada al trámite.
- c) Que Dayanna Moreno Beltrán (q.e.p.d) dio a luz el 14 de febrero de la presente anualidad tal y como se desprende del registro civil de nacimiento de Lyam Jacob Tenjo Moreno.
- d) Que la precitada falleció el 25 de febrero del año en curso.
- e) Que el señor Jonatan Andrés Tenjo Choconta padre del menor Lyam Jacob Tenjo Moreno solicitó a la entidad accionada el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a que tenía derecho Dayanna Moreno Beltrán (q.e.p.d) y la entidad promotora de salud encartada mediante correo electrónico de fecha 23 de marzo del año que cursa negó la solicitud por no encontrarse vinculado laboralmente.
- f) Que el accionante actualmente se encuentra desempleado.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia antes citada y las pruebas reseñadas comoquiera que el accionante alega la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital de su hijo Lyam Jacob Tenjo Moreno, resulta procedente analizar si en el asunto puesto a consideración del Despacho concurren las condiciones

particulares para que de manera excepcional a través de este mecanismo constitucional para la protección de derechos fundamentales se ordene el pago de la licencia de maternidad.

Bajo esta perspectiva, cumple precisar que si bien transcurrió menos de un año entre el nacimiento y la interposición del amparo constitucional, toda vez que el parto tuvo lugar el 14 de febrero de 2021 mientras que la acción de tutela fue formulada el 11 de mayo siguiente y se demostró que durante todo el periodo de gestación Dayanna Moreno Beltrán (q.e.p.d) realizó las cotizaciones correspondientes al sistema de seguridad social en salud lo que en principio haría viable conceder el amparo deprecado, lo cierto es que en el presente asunto no se dan los presupuestos legales para que la licencia de maternidad pueda ser otorgada a Jonatan Andrés Tenjo Choconta en ausencia de la madre biológica.

En efecto, nótese que la alternativa consagrada en el numeral 4° del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, relacionada con la extensión de dicha prestación al padre del recién nacido en ausencia de la madre biológica bien sea por enfermedad o fallecimiento no contempla la posibilidad de otorgar esta garantía cuando el progenitor se encuentra desempleado, de forma expresa señala que la misma deberá ser concedida por el empleador del padre del niño por el término que faltare para expirar el periodo de la incapacidad, por tanto, considera esta juzgadora que acceder a la licencia de maternidad en el presente caso resulta improcedente, pues la naturaleza de esta figura exige que exista una fuente de ingresos previo al alumbramiento y tiene como fin sustituir los emolumentos que devengaba la madre o en su defecto el padre antes del parto y que se ven suspendidos debido a la atención y constantes cuidados que requiere el menor en sus primeros días de vida, circunstancia que, no es equiparable en el particular por cuanto el señor Tenjo Choconta actualmente no cuenta con algún empleo.

8. Ahora no desconoce esta sede judicial que se trata de menor de tan sólo tres meses de edad, que sin hesitación alguna se encuentra en estado de debilidad manifiesta, dependiendo completamente de su familia, la sociedad y el Estado debiendo ser considerado un sujeto de especial protección constitucional, no obstante, ello no puede ser óbice para que en todos los casos de esta naturaleza se pasen por alto los lineamientos que previamente estableció el legislador, máxime cuando tampoco se encuentra acreditada la afectación del mínimo vital, toda vez que, dada la improcedencia del reconocimiento y pago de la referida licencia de maternidad el aquí actor cuenta con la posibilidad de acudir directamente a la administradora de fondo de pensiones a la que se encontraba afiliada Dayanna Moreno Beltrán (q.e.p.d), a fin de solicitar como beneficiario y en representación de su hijo el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes si concurren los requisitos necesarios o de ser el caso la devolución de saldos de que trata el artículo 78 de la Ley 100 de 1993, que al tenor reza:

“Cuando el afiliado fallezca sin cumplir con los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, se les entregará a sus beneficiarios la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos, y el valor del bono pensional si a éste hubiere lugar”

9. Así las cosas, conforme a lo expuesto en líneas precedentes y teniendo en cuenta que en el caso concreto no se dan las circunstancias previstas por la jurisprudencia constitucional para acceder al amparo incoado, en el sentido de ordenar al ente convocado reconocer y cancelar la licencia de maternidad en favor del aquí actor, habrá de negarse la acción constitucional.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales invocados por Jonatan Andrés Tenjo Choconta actuando en calidad de representante legal de Liam Jacob Tenjo Moreno, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese esta providencia a las partes por el medio más expedito conforme prevé el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Si el presente proveído no es impugnado, remítase el presente expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase,

**IRIS MILDRED GUTIÉRREZ
JUEZ**

Firmado Por:

**IRIS MILDRED GUTIERREZ
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 019 CIVIL MUNICIPAL DE 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: **5f762baec7cb146c28e74660af09211bcf1058faca49e7cdfb66b41cf2b3911b**

Documento generado en 24/05/2021 03:50:48 PM