Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

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

RADICADO: **110014003009-2024-00087-00**

Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Decreto 2591 de 1991 y Decreto 306 de 1992
Accionante: **DORA LICETH GALINDO VARGAS**
Accionado: **EPS FAMISANAR.**
Providencia: **FALLO**

I. ASUNTO A TRATAR

Una vez agotado el trámite señalado en el Decreto 2591 de 1991, decide este Juzgado, la acción de tutela, que en protección de sus garantías constitucionales presentó **DORA LICETH GALINDO VARGAS**, quien actúa en nombre propio, en contra de la **EPS FAMISANAR S.A.S.,** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud y la vida digna.

II. PETICIÓN Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Como situación fáctica la accionante manifestó que está afiliada a la EPS FAMISANAR en calidad de cotizante, que dio a luz el 22 de noviembre de 2022 y que durante su periodo de gestación hasta el parto cotizó en dicha Eps. Indicó que procedió a reclamar el pago de la licencia de maternidad el 14 de octubre de 2023 a la Eps encargada de dicha obligación, sin embargo, esta negó el pedimento argumentando pagos extemporáneos de los aportes al sistema de seguridad social.

III. ACTUACIÓN SURTIDA

1.- Recibida la presente acción constitucional a través de la oficina de reparto, por auto del 05 de febrero del año en curso, se dispuso su admisión, y la notificación de la accionada, con el fin de que ejerciera su derecho de defensa. Así mismo se dispuso vincular de oficio a las siguientes entidades: **ADRES, CLÍNICA PALERMO y EMPLEADOR VICENTE GARCÍA DIAZ**.

2.- EPS FAMISANAR S.A.S, a través de su Director de Operaciones Comerciales, mediante memorial visto a (pdf 18) del expediente, indicó que una vez conocida la presente acción procedió a establecer lo pretendido por el accionante con el área encargada, informando que la licencia de maternidad se encuentra liquidada a favor de la usuaria y la misma pasa para el pago correspondiente.

3.- ADRES, a través de apoderado judicial, solicitó negar el amparo deprecado por la accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, argumentando, que de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado de la acción de tutela resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales de la actora.

4.- CLÍNICA PALERMO, a través de apoderada judicial, con fundamento en lo expuesto en informe visto a (pdf 16) del expediente, solicitó que se decelere que no ha vulnerado derecho alguno de la paciente GALINDO VARGAS y en consecuencia se desvincule de la presente acción de tutela.

5.- EMPLEADOR VICENTE GARCÍA DIAZ, en informe visto a (pdf 19) del expediente, manifestó no oponerse a las pretensiones de la acción de tutela al tiempo que admitió los hechos en que se fundó esta.

IV PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que le corresponde resolver a este estrado judicial se limita a la necesidad de determinar si, en efecto, ¿La acción de tutela es el mecanismo procesal para reclamar la licencia de maternidad pese a que hace uso de esta después transcurrido un año desde la fecha del parto?

V CONSIDERACIONES

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, el despacho considera pertinente señalar, que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial mediante el cual "*Toda persona puede reclamar ante los jueces… la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*".

A su vez el artículo 5 del decreto 2591 de 1991 establece que "*La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos constitucionales fundamentales*". Del mismo modo, hace extensivo dicho mandato a los particulares, en los casos específicamente determinados en la ley.

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

VI ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

De conformidad con los hechos que dieron origen a la presente acción y las pruebas allegadas al expediente, se tiene que la ciudadana DORA LICETH GALINDO VARGAS, acudió a la acción de tutela en procura de obtener la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social, en virtud de que la entidad accionada en respuesta al pago de la licencia de maternidad, resolvió negarla con fundamento en que se hicieron pagos extemporáneos de los aportes al sistema de seguridad social.

Tratándose de la protección especial de la mujer durante su periodo de gestación y después del parto, ha dicho la Corte Constitucional que la acción de tutela es procedente al menos en dos supuestos:

> "… (i) cuando la persona que reclama la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada, es un sujeto de especial protección constitucional, como el caso de las madres gestantes y de las madres y sus hijos recién nacidos; y (ii) cuando la persona que reclama el pago de una prestación social, como la licencia de maternidad, ve comprometido su derecho fundamental al mínimo vital y el de su hijo que acaba de nacer, por no contar con otra fuente de ingresos que les asegure una digna subsistencia.…"[1]

Así mismo ha entendido la Corte Constitucional que:

> "la licencia de maternidad es un derecho de carácter legal y, por ende, el mecanismo judicial idóneo para exigir su cancelación es el proceso ejecutivo laboral, sin embargo, la acción de tutela es procedente para ordenar el pago oportuno de la prestación económica, cuando se

[1] T-092 de 2016

> amenaza el mínimo vital de la madre y el recién nacido, por cuanto la madre y su hijo tienen especial protección consagrada en los artículos 5, 13, 42, 43 y 44 de la Constitución Política."[2]

Llegados a este punto, cobra importancia la presunción que en relación a la afectación del mínimo vital a establecido la Corte Constitucional, cuando como consecuencia de la negativa del pago de la licencia de maternidad se afecta el mínimo vital de la madre y de su hijo menor, al respecto ha señalado el Alto Tribunal Constitucional que:

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

Del anterior pronunciamiento constitucional, se establece que si bien es cierto la acción de tutela en principio resulta procedente para reclamar el pago de la licencia de maternidad cuando quiera que esta ha sido negada, no es menos cierto que para que el ejercicio de la acción sea procedente esta debe instaurarse dentro del año siguiente a la fecha del parto, pues es dentro de este período que se presume la afectación al mínimo vital de la madre y el menor por la falta de pago en la prestación económica que representa la licencia de maternidad.

Dicha presunción guarda relación con el principio de inmediatez que gobierna esta acción, pues tratándose de la protección de derechos fundamentales como es el mínimo vital esta debe ser inmediata cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o particular.

Así las cosas, de la documental que obra en el expediente se tiene que la fecha de parto fue el día 26 de noviembre de 2022, fecha esta en la que igualmente empezó a correr la licencia de maternidad y que sin embargo la acción de tutela para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas que de esta se derivan fue instaurada hasta el 02 de febrero de 2024, es decir, pasado el año frente al cual se presume la violación del derecho fundamental al mínimo vital.

De otro lado, siendo la acción de tutela un mecanismo de protección constitucional de carácter residual, resulta esta procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para la garantía del derecho que reclama. Por el contrario, este procedimiento preferente y sumario es desacertado cuando el afectado disponiendo de medios de defensa judicial no hace uso de estos y toma la acción de tutela como mecanismo de defensa principal.

Corolario de lo anterior, la acción de tutela para el pago de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad se declarará improcedente, debido a que cuando esta se presentó la presunción que consagra la violación al mínimo vital ya se había quebrado, es decir, que se propuso pasado un año contado desde la fecha del parto y además porque este tipo de pretensiones tienen un procedimiento establecido por el legislador ante los jueces laborales y sin embargo con la acción de tutela no se acreditó haberlo agotado.

VII DECISIÓN

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

[2] T-473 de 2001

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción constitucional presentada por **DORA LICETH GALINDO VARGAS**, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.006.006.221, al no haberse acreditado el requisito de inmediatez y subsidiariedad.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUZ DARY HERNÁNDEZ GUAYAMBUCO
JUEZ

HB