



JUZGADO SEGUNDO PROMISCUO MUNICIPAL DE CÁQUEZA

Acción de Tutela: 251514089002202300059
Accionante: Francy Nayiber Velásquez Gutiérrez
Accionado: Compensar EPS

Cáqueza (Cund), ocho (08) de junio de dos mil veintitrés (2023)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Resolver la acción de tutela interpuesta por Francy Nayiber Velásquez Gutiérrez¹ en contra de la EPS Compensar, por la presunta vulneración a las garantías fundamentales de su hija nacida el 10 de noviembre de 2022 y sus derechos propios a la salud, seguridad social y mínimo vital.

2. HECHOS

Afirmó la accionante que tras la etapa gestacional correspondiente dio a luz a su hija el 10 de noviembre de 2022; y que, durante el estado de gravidez, efectuó los pagos correspondientes a seguridad social en tiempo, a excepción del mes de diciembre de 2022, el cual pagó 6 días posteriores a la fecha límite de pago.

Dijo que conforme con lo anterior, el 18 de noviembre de 2022 elevó una petición ante su EPS con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, a la cual le correspondió el radicado 513415000144.

Asimismo, que, trascurrido el tiempo de respuesta, el 23 de diciembre siguiente, recibió un comunicado de tal EPS, a través del cual plasmaban su negativa a lo requerido por cuenta de que no registraba el aporte del mes de inicio de la prestación solicitada.

Señaló que, con ocasión a lo precisado por la entidad, el 27 de diciembre del mismo año, reiteró ante la accionada su demanda, argumentando que los pagos a seguridad social fueron realizados durante toda la etapa del embarazo e incluso con posterioridad al nacimiento de su hija; no obstante, la respuesta de Compensar se mantuvo.

De este modo, adujo que el hecho de haber sufragado el importe a seguridad social con 6 días de retraso en un único mes que por demás es posterior a la fecha de nacimiento de su hija, no exime a la demandada de pagar la licencia de maternidad, pues está claro que los aportes se realizaron sin interrupción.

Manifestó además que, el 10 de marzo hogaño, insistió ante Compensar EPS con la solicitud de pago de su licencia de maternidad precisándoles haber cumplido con los requisitos contemplados en el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 de 2022; sin embargo, a la fecha la entidad se mantiene en su negativa.

¹ Identificada con la cédula de ciudadanía 1.074.128.085, dirección de notificaciones: Km 33 + 700 vía Bogotá Villavicencio, sector trituradoras, Cáqueza, tel: 3202274241, correo electrónico: nayiber0885@gmail.com,





Cuenta que, ante la negativa de la EPS, los días 30 de enero, 15 de febrero y 10 de marzo de 2023, presentó ante la Superintendencia Nacional de Salud sendos derechos de petición, sin que a la fecha se haya generando respuesta alguna.

Finalmente, pone de presente que en la actualidad se encuentra desempleada y que requiere del pago de la prestación causada en razón a su paupérrima situación económica².

3. PRETENSIONES

Conforme con la situación fáctica, la accionante pretende el amparo de sus derechos fundamentales ya expuestos junto con los que le asisten a su menor hija; y exhorta a que se ordene a la entidad accionada el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad junto con los intereses de mora que correspondan.

Además, solicita que se advierta a la EPS para que no vuelva a incurrir en estos comportamientos trasgresores de derechos humanos³.

4. ACTUACIÓN PROCESAL

El 29 de mayo de 2023⁴, fue recibida en este Despacho judicial la solicitud de tutela; el mismo día fue avocado su conocimiento en contra de las EPS Compensar⁵, ordenándose la vinculación de la Superintendencia Nacional de Salud, y posteriormente de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES⁶-.

5. RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS Y VINCULADAS

5.1. Superintendencia Nacional del Salud⁷.

La subdirectora técnica de este ente de control indicó que las facultades del mismo están dadas para la inspección, vigilancia y control del sistema general de seguridad social en salud; así pues, ante los hechos esbozados, refirió ausencia de legitimidad en la causa por pasiva, pues el pago de prestaciones como la referida escapa de su competencia.

A pesar de lo anterior, frente al tópico de la licencia de maternidad ilustró sobre el marco jurídico que rige la materia, precisando que es a la EPS a la que le corresponde el reconocimiento y pago de la misma.

2 Expediente electrónico 2023-00059, archivo 05. ACCIÓN DE TUTELA

3 Expediente electrónico 2023-00059, archivo 05. ACCIÓN DE TUTELA

4 Expediente electrónico 2023-00059, archivo 06. ACTA DE REPARTO

5 Expediente electrónico 2023-00059, archivo 08. AVOCA

6 Expediente electrónico 2023-00059, archivo 22. Tutela 0059-2023 VINCULA ADRES

7 Expediente electrónico 2023-00059, archivo 12. RESPUESTA SUPERSALUD





5.2. Ministerio de Salud y Protección Social⁸.

La jefe del grupo de acciones de tutela de esta cartera ministerial, tras precisar no constarle ninguno de los hechos expuestos en el líbello de la demanda, se refirió al marco normativo que rige la misma, afirmando que dentro de sus funciones no se encuentra el reconocimiento y pago de licencias de maternidad, ni la inspección, vigilancia y control del sistema de seguridad social en salud, razón por la cual debía procederse con la desvinculación de la entidad.

Pese a lo anterior, frente al específico asunto, señaló que la licencia de maternidad es un beneficio que la ley laboral ha reconocido a la mujer que ha dado a luz siempre que ésta sea cotizante del Sistema General de Seguridad Social en Salud y acredite algunos requisitos en los términos del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 1 de la Ley 1822 de enero 04 de 2017.

Señaló además que para acceder a tal prestación debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 de 2022, el cual precisa las condiciones para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, las cuales se limitan a: "1. Estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante y en estado activo. 2. Haber efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación. 3. Contar con el certificado de licencia de maternidad expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta."

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

Finalmente dejo sentada la posibilidad de ejercer esta reclamación ante la justicia ordinaria pues existe mecanismo ordinario de defensa; sin embargo, planteó que la misma puede abrirse paso cuando se avizore un perjuicio inminente que precise la intervención del juez constitucional.

5.3. EPS Compensar⁹.

Mediante apoderada judicial, esta entidad indicó que, al tratarse de un asunto meramente económico, era imposible zanjar el mismo a través de la acción de tutela, pues los elementos probatorios no daban lugar siquiera a un estudio transitorio porque no reflejaban un perjuicio irremediable.

Afirmó además que la accionante se encuentra afiliada a la EPS Compensar, en calidad de cotizante independiente, solicitando vincular a la ADRES en razón a que esta es la entidad encargada de aprobar o negar el cobro de licencias e incapacidades efectuadas por las EPS.

⁸ Expediente electrónico 2023-00059, archivo 15. RESPUESTA MINISTERIO DE SALUD.

⁹ Expediente electrónico 2023-00059, archivo 19. CONTESTACIÓN EPS COMPENSAR.





Adujó que no fue posible autorizar el pago de la licencia que tuvo inicio el 10 de noviembre de 2022, porque el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 de 2022, uno de los aportes fue realizado en forma extemporánea -*fecha pago 27/12/2022 – fecha límite de pago 27/12/2022*-.

Además, trajo a colación la Resolución 71842 de 2022, la cual establece la regla de validación para el reconocimiento y pago de prestaciones económicas. Entonces dijo que, como en el presente asunto, se tiene que la accionante realizó en forma extemporánea un pago se tornaba improcedente la autorización de la prestación.

Así pues, determinó que ante un incumplimiento de orden legal no existía vulneración a derecho fundamental alguno, solicitando en consecuencia la declaratoria de la improcedencia de la acción; sin embargo, en caso que se ordene el reconocimiento y pago de la prestación reclamada, solicitó se ordene a la ADRES el reintegro del valor correspondiente.

5.4. Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES¹⁰.

El Apoderado Judicial de la entidad afirmó su carencia de legitimación en la causa por pasiva, en la medida que no es a la entidad que representa a la que le corresponde pronunciarse en algún sentido sobre lo requerido por la actora.

Señaló que la acción de tutela a su criterio se torna improcedente en la medida que existen mecanismos judiciales idóneos para hacerse al pago de prestaciones de orden económico laboral que se encuentran consagrados en el Código Sustantivo del Trabajo.

Finalmente, trajo a colación el régimen de reconocimiento y pago de licencias de maternidad, precisando que como el asunto no era de su resorte lo procedente era declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva con su consecuente negación del amparo en lo que a su prohijada respecta.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia.

De conformidad con lo previsto en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991¹¹, las reglas previstas en el numeral 1 del artículo 1º del Decreto 333 de 2021¹², y la naturaleza jurídica de las accionadas, este Despacho es competente para conocer de la presente acción.

10 Expediente electrónico 2023-00059, archivo 24.CONTESTACIÓN ADRES.

11 Artículo 37. Primera instancia. Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud.

12 Artículo 1. Modificación del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015. Modifíquese el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, el cual quedará así: "Artículo 2.2.3.1.2.1. Reparto de la acción de tutela. Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos, conforme a las siguientes reglas: (...) 1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces Municipales.





6.2. Procedencia de la Acción de Tutela.

El artículo 86 de la Constitución Nacional estableció la tutela como un procedimiento preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, bien sea que resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública o de un particular. Instrumento constitucional que guarda armonía con los artículos 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³ y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴. La norma mencionada establece también que la acción de tutela solamente procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice para evitar un perjuicio irremediable.

6.3. Legitimación para Actuar.

De conformidad con lo previsto en los artículos 10 y 13 del Decreto 2591 de 1991, en este caso no hay duda sobre la legitimación por activa y pasiva, en la medida en que quien invoca la protección es Francy Nayiber Velásquez Gutiérrez quien percibe la vulneración alegada, y las accionadas son las entidades que presuntamente afectan su garantía constitucional.

6.4. Problema jurídico.

El problema jurídico por resolver consiste en determinar si, ¿la EPS Compensar vulnera o amenaza los derechos fundamentales a la seguridad social, salud y mínimo vital de la señora Francy Nayiber Velásquez Gutiérrez y de su menor hija nacida el 10 de noviembre de 2022, al no reconocer y pagar su licencia de maternidad por cuenta de una presunta mora en el pago de un periodo de cotización?

6.5. Caso Concreto.

Ubicados dentro del marco conceptual y jurídico de esta acción constitucional, se debe examinar si en la situación fáctica reseñada por la accionante, procede el amparo que invoca en su favor.

Para dilucidar tal situación, se cuenta con lo manifestado en la solicitud de tutela, los anexos de esta pieza procesal, los informes remitidos -con soportes-, por la EPS Compensar, la Superintendencia Nacional de Salud, el Ministerio de Salud y Protección Social y la ADRES.

En torno a la viabilidad de la acción de tutela por la naturaleza de su parte pasiva, atendiendo que en este caso se trata de personas jurídicas de derecho privado, es menester revisar lo estipulado en el artículo 42 de Decreto 2591 de 1991, canon que regula lo atinente a este tópico cuando se dirige en contra de quien no detenta autoridad pública.

13 Aprobado mediante Ley 74 de 1968.

14 Aprobado mediante Ley 16 de 1972.





Para el caso que nos ocupa, el trámite de la acción de tutela es admisible, por cuanto los hechos planteados en la demanda se adecuan a lo dispuesto en los numerales segundo y cuarto de la norma en cita.

En aras de mayor ilustración, es oportuno recordar lo conceptuado por la *Corte Constitucional* en relación a la temática de la prosperidad de este procedimiento preferente cuando se dirige en contra de quien no es sujeto de derecho público:

“Del texto de la anterior norma se infiere que el Constituyente previó expresamente tres situaciones respecto de las cuales resulta procedente la acción de tutela contra particulares, a saber: (i) cuando tienen a su cargo la prestación de un servicio público, (ii) cuando su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o (iii) cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión respecto al particular”¹⁵ (Subrayado propio para resaltar).

Adentrándonos en el problema jurídico que se debe resolver, debe estudiarse, si la acción de tutela, es el mecanismo idóneo para reclamar pretensiones económicas -pago de la licencia de maternidad-, para lo cual ha sido la Corte Constitucional la que ha mencionado, como ser este el medio idóneo de defensa, si se verifican o se tienen en cuenta dos aspectos relevantes: *primero*, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento del infante; y *segundo*, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo.

Conforme a ello, es indiscutible que el argumento esbozado por la representación de Compensar EPS en punto a la existencia de un mecanismo en la vía ordinaria para la evacuación de la controversia, resulta inocuo en la medida que no se preocupó por desacreditar la afectación al mínimo vital esbozado por la actora, el que dicho sea de paso se resguarda con el postulado del artículo 83 superior por el simple hecho de haberlo esbozado en su escrito -hecho 12- bajo la gravedad de juramento.

Recuérdese que el alto Tribunal estableció que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna. Así, tenemos lo siguiente:

“Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en virtud de su carácter subsidiario, la acción de tutela resulta improcedente para resolver pretensiones relativas al reconocimiento de prestaciones económicas, también ha afirmado que, al tratarse de la licencia de maternidad, su pago efectivo puede ser ordenado a través del mecanismo de amparo constitucional, en atención al compromiso de proteger derechos fundamentales que su falta de reconocimiento puede representar.

En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad, en ocasiones, puede

¹⁵ Sentencia T- 188 de 2017, M.P María Victoria Calle Correa.





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.

(...) que la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo para el reconocimiento de la licencia de maternidad cuando se verifican dos aspectos: "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". En cuanto a este último aspecto, señaló que "la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna"¹⁶.

Entonces es indiscutible que, ante lo afirmado por la accionante, se presenta tal afectación.

De otra parte, se evidencia que en sintonía con el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 de 2022, se puede establecer que: i.) La accionante se encuentra afiliada a Compensar EPS, ii.) En la actualidad los aportes al sistema de seguridad social en salud se encuentran al día, aportando durante todo el periodo de gestación¹⁷, otra cosa es que se haya producido una mora que fue convalidada por la misma entidad -*allanamiento o purga en la mora*¹⁸- y, iii.) A la demandante le fue concedida una licencia de maternidad a partir del 10 de noviembre de 2022 y hasta el 15 de marzo de 2023¹⁹; lo que se traduce en que la EPS debe proceder conforme a este postulado.

Conforme lo anterior, es claro que a Francy Nayiber Velásquez Gutiérrez y a su menor hija, les asiste el derecho del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad reclamada por este medio, sin que a ello se pueda anteponer algún trámite de índole administrativo que sólo es competencia de la EPS a la que esta se encuentra afiliada.

En consecuencia, esta Instancia procederá con el amparo constitucional requerido, y en consecuencia ordenará a Compensar EPS, que a través de su representante legal o de quien haga sus veces, en un término que no supere las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda con el reconocimiento y pago del monto total de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad que tuvo inicio el 10 de noviembre de 2022, so pena de proceder conforme a los artículos 27, 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991.

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

17 Junto con el informe de la representación de Compensar EPS, se arrió una certificación en la que se evidencia que la accionante se encuentra activa en el plan de beneficios de salud desde el 27 de octubre de 2017, lo que hace presumir las cotizaciones mínimas requeridas para hacerse al reconocimiento y pago de la licencia deprecada

18 El allanamiento a la mora es una figura jurídica consistente en que el acreedor, de forma tácita debido a su silencio e inacción ante el incumplimiento del deudor, termina por aceptar dichos incumplimientos como normales.

19 Expediente electrónico 2023-00059, archivo 02. ANEXO2_INCAPACIDAD MEDICA





De otro lado, no sobra decir que sorprende al Despacho que la EPS accionada desconozca la legislación y el precedente jurisprudencial en la materia; siendo de las pocas entidades que mantiene la obtusa y revaluada posición de negar el pago de la licencia de maternidad con sustento en tramites netamente burocráticos, que luego y sin mayor esfuerzo pueden solucionar al interior de su entidad.

Ahora en cuanto a la solicitud subsidiaria de la representación de Compensar EPS, se procederá a ordenar a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES- proceda sin dilación con las autorizaciones correspondientes a Compensar EPS en aras que la misma pueda proceder con el cumplimiento de este fallo.

En relación con los derechos de petición elevados a la Superintendencia Nacional de Salud en las datas referidas por la actora, no se procederá con orden alguna pese a que ante su silencio abrió paso a la presunción de veracidad contenida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991. Ello, en la medida que lo que se avizora es el fundamento de esta acción es lo relativo al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, lo que como ya se evidenció será objeto de amparo. No obstante, se procederá con el llamado correspondiente al ente de control a fin que a futuro no vuelva a incurrir en este tipo de situaciones omisivas.

Finalmente, sobre las solicitudes de desvinculación exoradas, se advierte que no se procederá en tal sentido respecto del Ministerio vinculado en la medida que lo propiciado fue un requerimiento, que la Superintendencia no se pronunció sobre los derechos de petición por los que se le vinculó, y que tanto la ADRES como Compensar EPS son sujeto de ordenes constitucionales lo que lógicamente impide actuar en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO SEGUNDO PROMISCO MUNICIPAL DE CÁQUEZA CUNDINAMARCA**, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y mínimo vital de la señora Francy Nayiber Velásquez Gutiérrez y de su menor hija nacida el 10 de noviembre de 2022.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de **COMPENSAR EPS** y/o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho ya, proceda a reconocer y pagar de manera completa la licencia de maternidad reconocida a la señora Francy Nayiber Velásquez Gutiérrez, conforme las previsiones y procedimientos legales para ello.

TERCERO: ORDENAR a quien dirige la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES- y/o a quien corresponda, proceda sin dilación con las autorizaciones correspondientes a Compensar EPS. en aras que la misma pueda proceder con el





cumplimiento de este fallo en la forma dispuesta en el numeral que antecede.

CUARTO: NEGAR el amparo al derecho de petición que le asiste a la accionante por sustracción de materia; no obstante, en términos del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, se **PREVIENE** a quien regente el cargo de Superintendente Nacional de Salud y/o a quien corresponda para que a futuro evite incurrir en omisiones como las acaecidas en este contencioso, es decir dejar de lado su obligación con las respuestas que se esperan de las peticiones elevadas por los coasociados de este Estado Social de Derecho.

QUINTO: NOTIFICAR esta providencia a las partes por el medio más expedito²⁰.

SEXTO: ADVERTIR que, contra la presente decisión judicial, procede ante los Juzgados del Circuito de Cáqueza, Cundinamarca, el recurso de impugnación, conforme lo previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. El cual deberá ser presentado y sustentado a través del correo institucional del Despacho.

SÉPTIMO: En caso de no ser impugnado este fallo, **REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JHOANA ALEXANDRA VEGA CASTAÑEDA
JUEZ

EFLP

