

Sentencia T-014/22

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Se realizó el pago de licencia de maternidad

ACCION DE TUTELA PARA EL PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD-Requisitos de procedencia

ACCION DE TUTELA Y REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD-Flexibilidad en caso de sujetos de especial protección constitucional

(...), la actora goza de especial protección porque es madre de un recién nacido y manifestó que no tiene la capacidad económica para cubrir los gastos de subsistencia de ambos. (...), someter a la peticionaria a la duración de un proceso ante la Superintendencia Nacional de Salud sería desproporcionado por desconocer la protección reforzada y la garantía del derecho fundamental al mínimo vital, de los que son titulares ella y su hijo.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Reiteración de jurisprudencia

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-No impide a la Corte Constitucional pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y futuras violaciones

LICENCIA DE MATERNIDAD-Naturaleza y finalidad

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reglas jurisprudenciales en relación con el pago completo o proporcional según las semanas cotizadas durante el periodo de gestación

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.

PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD-Caso en que se hace advertencia al empleador y a la EPS

(...), la Sala le advierte a FAMISANAR EPS que, en lo sucesivo, se abstenga de obstaculizar los trámites de licencias de maternidad a través de dilaciones injustificadas en sus respuestas a las solicitudes o a partir de argumentos jurídicos basados en su propia negligencia.

Referencia: expediente T-8.338.971

Acción de tutela presentada por Vanessa Uribe Barbosa contra FAMISANAR EPS

Procedencia: Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá

Asunto: licencia de maternidad con cotizaciones interrumpidas durante la gestación. Hecho superado.

Magistrada ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil veintidós (2022)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas y las magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia, adoptado el 28 de mayo de 2021 por el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá, que revocó la decisión del 21 de abril de 2021, proferida por el Juzgado 9º de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, que había amparado los derechos fundamentales de la actora, y en su lugar declaró improcedente el amparo dentro del proceso de tutela promovido por la señora Vanessa Uribe Barbosa contra FAMISANAR EPS. Una vez remitido a la Corte Constitucional, el expediente fue seleccionado por la Sala de Selección de Tutelas Número Nueve, mediante Auto del 28 de septiembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

La actora interpuso acción de tutela contra FAMISANAR EPS con el propósito de que se protegieran sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna, tanto de ella como de su hijo recién nacido². Puntualmente, aseguró que la EPS vulneró los derechos mencionados con su negativa de reconocer y pagar su licencia de maternidad, de forma total o parcial, a pesar de que sí realizó cotizaciones durante el periodo de gestación.

Hechos y pretensiones

1. Aseguró que desde 2008 ha cotizado sus aportes en salud a FAMISANAR EPS. No obstante, en marzo de 2020 se quedó sin trabajo. A pesar de tal situación, continuó con sus aportes al sistema de salud a través de mecanismo de protección al cesante por medio de COMPENSAR. La mencionada caja de compensación cotizó entre abril y septiembre de 2020. A su vez, sostuvo que a partir de octubre de 2020 retomó la cotización de sus aportes a salud.

1. Aproximadamente en abril de 2020 quedó embarazada y su hijo nació el 29 de diciembre de 2020³. Por esta razón, solicitó el reconocimiento de su licencia de maternidad a FAMISANAR. Sin embargo, el 21 de enero de 2021 la EPS negó la prestación porque “no cumple con el tiempo mínimo de cotización”⁴.

1. El 9 de febrero de 2021, la actora pidió a FAMISANAR el pago de la licencia de maternidad. Vencido el término legal, la EPS no contestó. Por lo tanto, interpuso acción de tutela para obtener respuesta de la entidad. El 19 de marzo de 2021, el Juzgado 6º Municipal Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá le ordenó a FAMISANAR responder a la solicitud de reconocimiento y pago de licencia de maternidad⁵.

1. El 7 de abril de 2021⁶, la EPS negó la solicitud porque afirmó que la actora “presenta interrupción en la afiliación y cotización entre Marzo, Octubre y Noviembre de 2020”⁷. En este sentido, sostuvo que no es viable el reconocimiento total de la licencia porque debió cotizar de forma continua e ininterrumpida durante el periodo de gestación (38.4 semanas, que significan 269 días). Por lo tanto, la accionante debió acreditar 9 pagos de 30 días cada uno para el inicio de la licencia solicitada. A su vez, manifestó que tampoco era procedente el reconocimiento proporcional porque la actora debió cotizar como mínimo 28 días en el mes de inicio de la licencia (diciembre de 2020) y solo cotizó “13 días bajo la empresa CC 1014279877”⁸.

1. En la acción de tutela, la peticionaria resaltó su situación de vulnerabilidad:

“Manifiesto bajo la gravedad de juramento que no tengo ningún otro medio de ingresos para solventar mis gastos y los de mi hijo que apenas tiene poco más de cuatro (4) meses de haber nacido y me encuentro en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable por no tener medios para solventar mis gastos”⁹.

1. Como pretensión de la presente acción de tutela, solicitó que se “ordene a EPS FAMISANAR S.A.S. realizar el pago de la licencia de maternidad a [su] nombre, bien sea en forma total o parcial”¹⁰.

Actuaciones en sede de tutela

1. El 8 de abril de 2021, el expediente fue repartido al Juzgado 9º de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá¹¹. El mismo día, el despacho admitió la acción, ordenó notificar a FAMISANAR EPS en calidad de accionada y vinculó a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), a la Caja de Compensación COMPENSAR y a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá¹².

1. COMPENSAR solicitó declarar la improcedencia del amparo por falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto la actora pretende que se le pague su licencia de maternidad, a cargo de la EPS FAMISANAR¹³. Adicionalmente, advirtió que el 2 de abril de 2020 la actora radicó su postulación para el subsidio de emergencia. Tras ser aprobada, la caja de compensación realizó el pago de beneficios por parte del subsidio de emergencia por los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre. Estos beneficios consistieron en los seis meses de aportes en salud a la EPS FAMISANAR, de aportes en pensiones al Fondo de Pensiones Porvenir y de auxilio económico para la accionante, que fue cotizado a su cuenta de ahorros. En particular, COMPENSAR aportó cada mes la suma de \$109,800 a FAMISANAR, para un total de \$658,800 durante los seis meses subsidiados¹⁴.

1. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) solicitó “negar” la acción de tutela en lo que tiene que ver con tal entidad porque no ha desplegado ninguna conducta que vulnere los derechos de la accionante¹⁵. De acuerdo con el artículo 2.6.1.1.2.10 del Decreto 780 de 2016, la obligación de la ADRES respecto del pago de licencias de maternidad o paternidad inicia con su aprobación por parte de las EPS o las Entidades Obligadas a Compensar (EOC). Sin embargo, en este caso la acción se presentó precisamente por la negativa de FAMISANAR. Por lo tanto, la ADRES no está legitimada en la causa por pasiva.

1. La Secretaría Distrital de Salud de Bogotá solicitó su desvinculación porque no está legitimada en la causa por pasiva¹⁶. En este sentido, señaló que carece de competencia para reconocer y pagar subsidios por incapacidades médicas o licencias de maternidad, y no ostenta la facultad sancionatoria para exigirle a las EPS que lo hagan. Además, resaltó que la Superintendencia Nacional de Salud tiene asignada una función jurisdiccional para dirimir desacuerdos relativos, entre otros, al reconocimiento y pago de prestaciones económicas a cargo de los empleadores o las EPS. A su vez, informó que la accionante se encuentra registrada como afiliada activa a FAMISANAR EPS en el régimen contributivo en calidad de cotizante de acuerdo con la información de la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA) de la ADRES. Finalmente, manifestó que “según CONCEPTO MÉDICO del profesional de la

Secretaría Distrital de Salud (...) la EPS accionada debe cancelar el VALOR TOTAL de la licencia de maternidad solicitada”¹⁷ (mayúsculas originales).

1. FAMISANAR EPS se opuso a las pretensiones de la accionante y presentó los siguientes argumentos¹⁸. En cuanto a la procedencia del amparo, sostuvo que no está legitimada en la causa por pasiva, ya que quien debió pagar la licencia de maternidad era su empleadora al momento del parto: la señora Nelzi Lorena Alvarado Chavarro, identificada con NIT 101427987719. En este punto, sostuvo que, en caso de que la empleadora hubiera cumplido con el pago debido de los aportes, podría solicitar el reembolso a la EPS después de cancelar la licencia. Además, tampoco se cumplió el requisito de inmediatez porque entre la fecha del parto, con la que inició la licencia de maternidad, y la solicitud del amparo transcurrió un periodo considerable e irrazonable. Adicionalmente, no se acreditó el requisito de subsidiariedad, puesto que la actora puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral, que es la competente para resolver los conflictos entre las entidades de seguridad social y sus afiliados. Por otra parte, manifestó que tampoco se probó, si quiera sumariamente, la necesidad de evitar un perjuicio irremediable o la afectación del mínimo vital de la demandante.

Respecto al fondo, señaló que la actora solo cotizó 13 días en el periodo de diciembre de 2020, cuando debió cotizar mínimo 29. Posteriormente, afirmó que esos 13 días fueron los únicos que cotizó durante todo el periodo de gestación. Finalmente, sostuvo que, al tratarse de una trabajadora dependiente, se presume legalmente que recibió el pago pretendido por parte de su empleador en el periodo de nómina. La finalidad de tal presunción, que no se desvirtuó en este caso, es evitar que se genere un doble pago por parte de las EPS y de los empleadores en este tipo de situaciones. En este sentido, resaltó que la actora se vinculó laboralmente con la señora Nelzi Lorena Alvarado Chavarro desde el 18 de noviembre hasta el 31 de diciembre de 2020. Posteriormente, se reintegró el 31 de enero de 2021 con la misma empleadora. FAMISANAR sostuvo que en esta relación laboral se han cotizado aportes en salud por 13 días de diciembre de 2020, 30 días de enero de 2021 y 30 días de febrero de 2021.

1. Mediante auto del 19 de abril de 2021²⁰, el Juzgado 9º de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá vinculó a la señora “Nelzi Lorena Alvarado de Chavarro” para que se pronunciara sobre las afirmaciones de la accionada²¹.

Decisiones objeto de revisión

Fallo de primera instancia

1. El Juzgado 9º de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, mediante Sentencia del 21 de abril de 2021²², concedió el amparo a los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna. Primero, señaló que la acción de tutela cumple con todos los requisitos de procedibilidad. Además, la accionante se encuentra en una situación económica precaria. A su vez, la actora dejó de cotizar al sistema de seguridad social en salud únicamente en el mes de octubre de 2020, pues Compensar pagó los aportes correspondientes a los meses de abril a septiembre de 2020 y su empleadora pagó los de noviembre y diciembre de 2020, según obra en los documentos aportados por la demandante y los cuales no fueron desvirtuados por la accionada. En consecuencia, le ordenó a FAMISANAR EPS reconocer y pagar de manera completa la licencia de maternidad.

Impugnación

1. El 26 de abril de 2021²³, el apoderado de FAMISANAR impugnó el fallo. En su criterio, a la entidad se le impuso una carga desproporcionada respecto a las normas que rigen sus obligaciones, ya que la accionante no cumple con los periodos mínimos de cotización. Además, alegó que el empleador es quien debe cancelar las licencias e incapacidades en los periodos de pago de la nómina de sus trabajadores. Finalmente, indicó que la acción de tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad, ya que la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces para lograr la protección de sus derechos.

1. El 27 de abril de 2021²⁴, el Juzgado concedió la impugnación y la remitió a la oficina de reparto de los jueces civiles del Circuito de Bogotá.

1. El Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 28 de mayo de 2021²⁵, revocó la decisión de primera instancia y declaró improcedente el amparo. En su criterio, en este caso no se cumple el requisito de subsidiariedad, pues la accionante debe acudir primero a la Superintendencia Nacional de Salud.

Actuaciones en sede de revisión

1. Una vez repartido el expediente, el despacho se comunicó telefónicamente con la accionante para confirmar el estado actual del trámite del reconocimiento y pago de su licencia de maternidad. Al respecto, la actora señaló FAMISANAR EPS pagó la totalidad de la prestación económica asociada a la licencia de maternidad²⁶.

I. CONSIDERACIONES

Competencia

1. Con fundamento en las facultades conferidas por los artículos 86 y 241 –numeral 9º– de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos en el proceso de la referencia.

Asunto objeto de análisis y problema jurídico a resolver

1. En el caso bajo estudio, la peticionaria interpuso acción de tutela contra FAMISANAR EPS

por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna, tanto de ella como de su hijo recién nacido, debido a que tal entidad negó la solicitud de licencia de maternidad, bajo el argumento de que no cotizó durante todo el periodo de gestación. De acuerdo con la situación planteada, le corresponde a la Corte determinar, primero, si la acción de tutela es procedente. De ser así, deberá resolver el siguiente problema jurídico: ¿FAMISANAR EPS vulneró los derechos a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna, tanto de la accionante como de su hijo, al negar el pago de la licencia de maternidad por presentarse interrupciones de los aportes durante la gestación?

1. Para abordar el asunto esta Sala (i) reiterará la jurisprudencia en relación con la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de licencias de maternidad. En caso de superarse el análisis de procedencia, se referirá a la jurisprudencia respecto a (ii) la carencia actual de objeto por hecho superado y (iii) el reconocimiento de tal prestación según la continuidad de las cotizaciones durante el periodo de gestación. Finalmente, (iv) resolverá el caso concreto.

Análisis de procedencia de la acción de tutela para solicitar la licencia de maternidad.
Reiteración de jurisprudencia

Legitimación en la causa por activa y por pasiva

1. El artículo 86 de la Constitución establece que toda persona tendrá derecho a interponer la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Tal solicitud procede cuando aquellos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de autoridades o, excepcionalmente, de particulares. A su vez, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la persona podrá actuar (i) a nombre propio, (ii) a través de un representante legal, (iii) por medio de apoderado o (iv) mediante un agente oficioso. En este caso, se encuentra acreditada la legitimación por activa, ya que la actora es la titular de los derechos cuya protección solicita en el recurso de amparo²⁷.

1. Respecto de la legitimación por pasiva, el artículo 86 de la Constitución establece que la tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades o, excepcionalmente, por el actuar de los particulares. En esta oportunidad, la acción se promovió contra la EPS FAMISANAR, que negó el reconocimiento, total o parcial, de la licencia de maternidad de la actora. En su contestación, la EPS sostuvo que no está legitimada en la causa por pasiva ya que el pago de la licencia de maternidad debe ser reclamado a la empleadora de la accionante, quien luego podrá solicitar el reembolso si cumplió con sus obligaciones oportunamente. No obstante, este Tribunal ha aclarado que “[l]a obligación de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad recae en las EPS”²⁸. Además, las diferentes salas de revisión han ordenado de forma pacífica y constante el pago de licencias de maternidad directamente a las EPS, aún cuando se trata de trabajadoras dependientes²⁹. Por lo tanto, es claro que FAMISANAR está legitimada en la causa por pasiva.

Inmediatez

1. En virtud del artículo 86 de la Constitución, esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela se puede interponer “en todo momento” y, por ende, no tiene término de caducidad³⁰. No obstante, de su naturaleza como mecanismo para la “protección inmediata”³¹ de los derechos fundamentales, se puede establecer que su finalidad es dar una solución de carácter urgente a las situaciones que puedan generar una vulneración o amenaza a derechos fundamentales³². En tal sentido, este Tribunal ha establecido que, para que se entienda cumplido el requisito de inmediatez en la interposición de una acción de tutela, el juez constitucional deberá analizar las circunstancias del caso para determinar si existe un plazo razonable entre el momento en el que se interpuso el recurso y en el que se generó el hecho u omisión que vulnera los derechos fundamentales del accionante. Además, para el pago de licencias de maternidad, esta Corporación ha exigido que la acción de tutela se presente dentro del año siguiente al nacimiento³³.

Subsidiariedad

1. En virtud del artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela fue consagrada como un mecanismo judicial subsidiario y residual³⁴ que procede “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”³⁵ (negritas no originales). Efectivamente, este mecanismo constitucional no fue diseñado para suplir los procesos ordinarios a los cuales deben acudir los ciudadanos para dar solución a sus controversias³⁶. En este sentido, el requisito de subsidiariedad se acredita en tres hipótesis³⁷: (i) cuando no exista otro medio de defensa judicial que permita resolver el conflicto relativo a la afectación de un derecho fundamental, (ii) cuando el mecanismo existente no resulte eficaz e idóneo, o (iii) cuando la intervención transitoria del juez constitucional sea necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

1. El segundo supuesto se refiere al análisis de la idoneidad y eficacia del medio judicial ordinario previsto en la ley. En este punto, el juez constitucional deberá estudiar las circunstancias específicas del caso objeto de análisis. En esa medida, podría evidenciar que la acción principal “no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados”³⁸. Además, “la aptitud del medio de defensa debe analizarse en cada caso, en atención a las circunstancias del peticionario, el derecho fundamental invocado y las características procesales del mecanismo en cuestión”³⁹. Si el juez constata que el mecanismo ordinario no es idóneo y eficaz, el amparo procede como mecanismo definitivo.

1. En materia del reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, esta Corporación ha fijado unos criterios específicos en torno al requisito de subsidiariedad⁴⁰. 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 afectar los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su hijo o hija, 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 materia⁴¹.

La Corte ha entendido que en los eventos en que la madre dependa de los recursos derivados de su actividad laboral y no posea otra fuente de ingreso, la imposibilidad de desempeñarse normalmente en su trabajo con la consecuente falta de remuneración tornan a la licencia de maternidad en una prestación social que adquiere carácter fundamental. Lo anterior se debe a que se encuentra íntimamente ligada con el desarrollo integral de la madre y su hijo recién nacido, en la medida en que representa el único ingreso que les permite solventar sus necesidades básicas.

1. En atención a lo anterior, observa la Sala que en el caso bajo estudio la acción de tutela procede como mecanismo definitivo para reclamar el pago de la licencia por maternidad por la afectación al mínimo vital. La accionante declaró bajo juramento en su escrito de tutela que no tiene bienes ni ingresos para solventar sus gastos y los de su hijo, que en ese momento tenía poco más de tres meses. Además, la EPS FAMISANAR se limitó a decir que no había pruebas de la afectación al mínimo vital, pero no contravirtió esta declaración con otros elementos probatorios sobre la situación socio-económica de la accionante. Al respecto, la Sentencia T-503 de 2016⁴² estableció que, en materia de licencias de maternidad, la sola afirmación de una vulneración al mínimo vital es suficiente para presumir su veracidad con el fin de proteger a los niños y niñas⁴³. En este sentido, la EPS que niega la solicitud es quien tiene la carga de demostrar que no existe una vulneración al mínimo vital con base en las condiciones personales de la afiliada y no de su cónyuge, compañero permanente o núcleo familiar⁴⁴.

Adicionalmente, no es exigible –como consideró el juez de segunda instancia– que la accionante deba acudir primero ante la Superintendencia Nacional de Salud. En la actualidad tal entidad no tiene competencia jurisdiccional para dirimir conflictos relativos al no pago de

licencias de maternidad. Puntualmente, el artículo 6º de la Ley 1949 de 2019 suprimió la competencia que tenía la Superintendencia para “[c]onocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”⁴⁵. Este punto es particularmente relevante porque el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá revocó la sentencia de primera instancia y declaró la improcedencia precisamente con base en la versión del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, que fue derogada hace más de dos años por el artículo 6º de la Ley 1949 de 2019⁴⁶.

A lo anterior se suma que la Sala Plena de la Corte Constitucional ha sostenido de forma reiterada que el mecanismo jurisdiccional de la Superintendencia de Salud no es un medio idóneo ni eficaz para garantizar los derechos fundamentales de sujetos de especial protección⁴⁷. En este caso, la actora goza de especial protección porque es madre de un recién nacido y manifestó que no tiene la capacidad económica para cubrir los gastos de subsistencia de ambos. En esta medida, someter a la peticionaria a la duración de un proceso ante la Superintendencia Nacional de Salud sería desproporcionado por desconocer la protección reforzada y la garantía del derecho fundamental al mínimo vital, de los que son titulares ella y su hijo. Por lo tanto, ante la ausencia de un medio de defensa idóneo y eficaz para proteger el mínimo vital de la accionante y de su hijo recién nacido, la acción de tutela es procedente como mecanismo definitivo en este caso.

Carencia actual de objeto por hecho superado. Reiteración jurisprudencial

1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela es un procedimiento preferente y sumario al alcance de cualquier persona para reclamar “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”. Sin embargo, en algunas ocasiones se produce la alteración o desaparición de las circunstancias que originaron la presunta vulneración de derechos. En estos casos, que la jurisprudencia ha denominado “carencia actual de objeto”, el amparo solicitado pierde su razón de ser y no tendría sentido un pronunciamiento de fondo porque la eventual orden caería en el vacío.

1. A través de la Sentencia SU-522 de 2019⁴⁸, la Sala Plena de esta Corporación unificó los tres escenarios en los que se produce una carencia actual de objeto. El primero es el hecho superado, que se presenta cuando la entidad o persona accionada satisface completamente lo pretendido en la tutela. El segundo es el daño consumado, que ocurre cuando se ha producido la afectación que se pretendía evitar con el amparo solicitado. El tercero es la situación sobreviniente, que se refiere a cualquier otra circunstancia que, a pesar de no encuadrar en alguno de los anteriores escenarios, genere que un pronunciamiento de fondo sea inocuo y caiga en el vacío.

1. En particular, la jurisprudencia constitucional ha precisado que existen dos requisitos para acreditar la configuración de una carencia actual de objeto por hecho superado:

“en estos casos le corresponde al juez de tutela constatar que: (i) efectivamente se ha satisfecho por completo⁴⁹ lo que se pretendía mediante la acción de tutela⁵⁰; (ii) y que la entidad demandada haya actuado (o cesado en su accionar) a motu proprio, es decir, voluntariamente”⁵¹.

1. Ahora bien, la existencia de carencia actual de objeto no impide por completo que el juez constitucional se pronuncie sobre el fondo del asunto. Según la Sentencia SU-522 de 2019, “es posible que el proceso amerite un pronunciamiento adicional del juez de tutela, no para resolver el objeto de la tutela -el cual desapareció por sustracción de materia-, pero sí por otras razones que superan el caso concreto”. Al respecto, la misma providencia señala que en los casos de daño consumado es necesario y urgente un pronunciamiento de fondo del juez de tutela (incluida la Corte Constitucional) cuando la afectación ocurrió durante el trámite de tutela. Por otro lado, en los casos de hecho superado o situación sobreviniente:

“no es perentorio que el juez de tutela haga un pronunciamiento de fondo. Sin embargo, y especialmente tratándose de la Corte Constitucional actuando en sede de revisión, podrá emitir un pronunciamiento de fondo cuando lo considere necesario para, entre otros: a) llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela y tomar medidas para que los hechos vulneradores no se repitan; b) advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes; c) corregir las decisiones judiciales de instancia; o d) avanzar en la comprensión de un derecho

fundamental” (negrillas no originales).

Reconocimiento de la licencia de maternidad a pesar de interrupción de las cotizaciones durante el periodo de gestación. Reiteración jurisprudencial⁵²

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 maternidad⁵³. 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 Trabajo⁵⁴. 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 hijo⁵⁵.

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

1. 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 período 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 gestación⁵⁶. 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”⁵⁷.

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 gestación⁵⁸. 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.

1. En el presente caso, la Sala evidencia que se configuró un hecho superado de acuerdo con los dos requisitos jurisprudenciales. Primero, la accionante informó a través de una llamada telefónica que la EPS FAMISANAR (accionada) le pagó la totalidad de la licencia de maternidad, que era su pretensión en el escrito de tutela. Segundo, a pesar de que no haya un pronunciamiento expreso al respecto, la Sala considera que la EPS realizó el pago de forma voluntaria. Lo anterior se debe a que, si bien existió una primera decisión que ordenó a FAMISANAR pagar la totalidad de la licencia el 21 de abril de 2021, el fallo de segunda

instancia del 28 de mayo siguiente declaró la improcedencia del amparo. Por lo tanto, desde mayo de 2021 no había ninguna decisión que obligara a la EPS a pagar la prestación. No obstante, el 1º de diciembre de 2021 la accionante informó que recibió el pago “hace pocos meses”⁵⁹. En este sentido, la Sala estima que la EPS realizó el pago total de forma voluntaria y, por tanto, se configuró el hecho superado.

1. Adicionalmente, la Sala considera que en esta oportunidad es necesario emitir un pronunciamiento de fondo con el fin de llamar la atención a la EPS sobre su actuación contraria a la Constitución y prevenirle para evitar su repetición en casos similares. Como fue expuesto, la accionante quedó embarazada en abril de 2020 y su hijo nació el 29 de diciembre del mismo año. En marzo de 2020 perdió su trabajo. Sin embargo, acudió al mecanismo de protección al cesante a través de COMPENSAR para evitar que sus aportes en seguridad social se vieran interrumpidos. Así, la caja de compensación cotizó seis meses en salud a nombre de la actora: desde abril hasta septiembre. Posteriormente, la demandante formalizó un vínculo laboral que le permitió retomar sus aportes en salud por los meses de noviembre y diciembre de 2020⁶⁰. En este sentido, el único periodo que dejó de cotizar la actora fue el mes de octubre. Por lo tanto, era claro que tenía el derecho a recibir la totalidad de la prestación económica de su licencia de maternidad. Más aún cuando, como se mencionó en el numeral 16 de las consideraciones, se trata de una mujer que logró conseguir una vinculación laboral durante su gestación para no interrumpir sus cotizaciones, lo cual demuestra su diligencia y lealtad con el sistema de salud.

1. A pesar de lo anterior, FAMISANAR EPS fue negligente en el trámite del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad de la accionante. Prácticamente un mes después del parto, la actora radicó una petición a la entidad para que le reconociera su prestación, de forma total o parcial. Sin embargo, la EPS no contestó, lo que obligó a la peticionaria a acudir a una primera acción de tutela para obtener una respuesta. Después del fallo de tutela, la entidad le respondió que no tenía derecho a un pago proporcional de la licencia porque solo cotizó 13 días del mes de diciembre y debió haberlo hecho por al menos 28 días de ese periodo⁶¹.

A su vez, la actitud de la EPS durante el trámite de la acción de tutela de la referencia

obstaculizó aún más el pago oportuno de la prestación. En su contestación, FAMISANAR señaló que la accionante “solo cotizó 13 días de [sic] durante su periodo de gestación”⁶², lo cual no es cierto, pues la misma entidad había afirmado previamente que el problema era no haber cotizado completo todo el mes de diciembre. También sostuvo que “como bien lo enuncia la accionante en los hechos del escrito de tutela presentado, nunca estuvo CESANTE”⁶³. Al respecto, a la Sala le llama poderosamente la atención la tergiversación del escrito de tutela que presenta la EPS, puesto que uno de los asuntos que más enfatizó la actora fue su situación de cesante entre marzo y noviembre de 2020.

En línea con lo anterior, otro asunto que resalta la Sala son los aportes realizados por COMPENSAR a nombre de la accionante. En virtud de la situación de cesante, la caja de compensación realizó aportes mensuales de \$109.800 por seis meses, para un total de \$658.80064. Sin embargo, en ninguna de las respuestas de la EPS se hace referencia a estos pagos, a pesar de que se hicieron a nombre de la actora. En este sentido, es llamativo que la entidad haya insistido durante todo el trámite en que los usuarios deben cotizar para no afectar la sostenibilidad financiera del sistema de salud y, simultáneamente, recibió este valor de aportes sin reconocerlos como cotizaciones de la peticionaria que reclamaba su licencia de maternidad.

1. A la luz de estos hechos, la Sala estima necesario llamar la atención a FAMISANAR EPS sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela. La accionante, en su condición de madre de un recién nacido, no debió verse obligada a solicitar a través de diferentes vías el pago de la prestación a la que tenía derecho y que en efecto se canceló, pero después de un tiempo significativo y, probablemente, en virtud del proceso de revisión que se encontraba en curso ante esta Corporación. Por lo tanto, la Sala advierte a FAMISANAR EPS que, en lo sucesivo, debe actuar de buena fe y con lealtad cuando interactúe con las beneficiarias de licencias de maternidad. En concreto:

i. Debe registrar los pagos del mecanismo de protección al cesante dentro de los aportes de los beneficiarios de tal subsidio. En este caso, COMPENSAR pagó seis de los nueve meses del periodo de gestación y FAMISANAR nunca los reconoció en sus diferentes respuestas a la

accionante ni en su contestación en este proceso de tutela.

i. Debe responder oportunamente a las peticiones de reconocimiento y pago de licencias de maternidad por la urgencia que suponen para el mínimo vital de las madres y los recién nacidos. En este caso, la accionante (en su periodo de convalecencia posterior al parto) se vio obligada a interponer una acción de tutela con el solo fin de que la EPS respondiera su petición.

i. No debe obstaculizar el trámite de las licencias de maternidad. En este caso, FAMISANAR alegó en su contestación que no se cumplía el requisito de inmediatez, a pesar de que la accionante reclamó continuamente el pago de su licencia desde el mes posterior al parto y fue la EPS quien no respondió sus peticiones. Además, en un principio afirmó que la actora no tenía derecho a tal prestación por no cumplir los tiempos de cotización exigidos. Posteriormente, en el proceso de tutela alegó carecía de legitimación por pasiva ya que el empleador era quien debía pagar la licencia de maternidad. El hecho de que en un primer momento hubiera declarado que la actora no tenía derecho y que después alegara que no era su responsabilidad el pago -que en todo caso realizó- evidencia una actitud dilatoria y negligente.

Conclusiones y órdenes por proferir

1. De conformidad con lo expuesto en el análisis del caso concreto, la Sala concluye que se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado dado que FAMISANAR EPS le pagó la licencia de maternidad completa a la accionante. No obstante, la conducta dilatoria y negligente de la EPS justifica un llamado de atención por parte de este Tribunal. En este sentido, la Sala le advierte a FAMISANAR EPS que, en lo sucesivo, se abstenga de obstaculizar los trámites de licencias de maternidad a través de dilaciones injustificadas en sus respuestas a las solicitudes o a partir de argumentos jurídicos basados en su propia negligencia.

1. Por las razones expuestas en esta providencia, la Sala revocará el fallo de segunda instancia que declaró improcedente la acción de tutela y revocó la decisión de primera instancia, que había concedido el amparo y ordenado el pago total de la licencia. En su lugar, declarará la carencia actual de objeto por hecho superado puesto que la actora ya recibió el pago pretendido por parte de la entidad accionada.

I. DECISIÓN

Con fundamento en lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo, y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Segundo: ADVERTIR a FAMISANAR EPS que, en lo sucesivo, se abstenga de obstaculizar los trámites de licencias de maternidad a través de dilaciones injustificadas en las respuestas a las solicitudes o a partir de justificaciones jurídicas que están basadas en su propia negligencia.

Tercero: Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Auto del 28 de septiembre de 2021, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Nueve. Disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/autos/AUTO%20SALA%20DE%20SELECCION%2028%20DE%20SEPTIEMBRE%20DE%202021%20NOTIFICADO%2013%20DE%20OCTUBRE%20DE%202021.pdf>

2 Expediente digital T8338971, archivo “04Demanda.pdf”, folio 2.

3 El registro civil de nacimiento está en el expediente digital T8338971, archivo “01Anexos.pdf”, folio 28.

4 Ibídem, folio 29.

5 Expediente digital T8338971, archivo “02Anexos.pdf”.

6 Expediente digital T8338971, archivo “03Anexos.pdf”.

7 Ibidem, folio 2.

8 Ibidem.

9 Expediente digital T8338971, archivo “04Demanda.pdf”, folio 2.

10 Ibidem.

11 Expediente digital T8338971, archivo “05ActaReparto.pdf”.

12 Expediente digital T8338971, archivo “06AutoAdmiteTutela.pdf”.

13 Expediente digital T8338971, archivo “10ContestacionCompensar.pdf”.

14 Expediente digital T8338971, archivo “09Anexo 2 Planilla de Aportes Subsidio de

Emergencia.pdf”.

15 Expediente digital T8338971, archivo “11ContestacionAdres.pdf”.

16 Expediente digital T8338971, archivo “13ContestacionCapital Salud.pdf”.

17 Ibidem, folio 2.

19 Como justificación, citó el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 de 2016.

20 Expediente digital T8338971, archivo “15 AutoVincula.pdf”.

21 En la sentencia de primera instancia se mencionó que la vinculada guardó silencio.

22 Expediente digital T8338971, archivo “17 FalloTutelaConcedeAmparoLicenciaMaternidad.pdf”.

23 Expediente digital T8338971, archivo “19Impugnacion a fallo de Tutela-2021-00290-VANESSA URIBE BARBOSA CC 1092178591-59354 (1).pdf”.

24 Expediente digital T8338971, archivo “21AutoConcedeImpugnacion.pdf”.

25 Expediente digital T8338971, archivo “Sentencia2dainstancia.pdf”.

26 Expediente digital T8338971, archivo “T8338971 – Constancia llamada telefonica [sic] al accionante.pdf”.

27 La firma de la accionante está en el expediente digital T8338971, archivo “04Demanda.pdf”, folio 8.

28 Sentencia SU-075 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), fundamento 62. En el mismo sentido, ver el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2º de la Ley 2114 de 2021.

29 Sentencia T-526 de 2019 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

30 Sentencia SU-961 de 1999 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

31 Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia.

32 Ver sentencias T-148 de 2019, T-608 de 2019 y T-117 de 2020, todas con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

33 Sentencias T-1062 de 2012 (M.P. Alexei Julio Estrada) y T-278 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

34 Ver, entre otras, las sentencias T-723 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-063 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) y T-087 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

35 Artículos 86 de la Constitución y 6º del Decreto 2591 de 1991.

36 Sentencias T-009 de 2019 y T-148 de 2019, ambas con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

37 Sentencia T-020 de 2021 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), fundamento jurídico 4º.

38 Sentencia T-146 de 2019 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

39 Sentencias T-391 de 2018 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) y T-020 de 2021 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

40 Sentencia T-278 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

41 Ibidem.

42 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

43 Ibidem. “4.1.1. Para no hacer dicha carga gravosa para la peticionaria, el solo hecho de afirmar que existe vulneración del mínimo vital, teniendo en cuenta que este remplazaría el salario como medio de subsistencia, es una presunción a la que debe aplicarse el principio de veracidad, en pro de la protección a los niños”.

44 Ibidem. “4.1.4. Si la afiliada al sistema reclama el pago de la licencia de maternidad y la EPS rechaza la solicitud, ésta tiene la carga de la prueba y es la llamada a controvertir que

no existe vulneración del derecho al mínimo vital, sino es controvertida se presume la vulneración. (...) 4.1.6. Las circunstancias propias de la afiliada deben atender a sus condiciones económicas personales sin que sea posible afirmar que la protección al mínimo vital dependa de las circunstancias de su cónyuge, compañero permanente o núcleo familiar”.

45 Literal g del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 antes de que fuera derogado por la Ley 1949 de 2019 (art. 6º). Ver también Sentencia T-224 de 2021 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), fundamento jurídico 85.

46 Expediente digital T8338971, archivo “Sentencia2dainstancia.pdf”, fundamento jurídico 7º.

47 Sentencias SU-124 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y SU-508 de 2020 (M.P. Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas), entre otras.

48 M.P. Diana Fajardo Rivera.

49 En reciente Sentencia T-009 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, por ejemplo, la Sala advirtió que no obstante la afirmación de la entidad pensional demandada en el sentido que ya habían reconocido los periodos cotizados en el exterior, la Corte encontró que “lo cierto es que éste aún no percibe la prestación pensional a la cual tiene derecho”. Por ello, entró a resolver el asunto de fondo.

51 Sentencia SU-522 de 2019 (M.P. Diana Fajardo Rivera). Reiterado en la Sentencia SU-508 de 2020 (M.P. Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas).

52 Esta sección reitera las consideraciones de las sentencias T-278 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), T-489 de 2018 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo) y T-224 de 2021 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas).

53 “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.

54 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.

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

56 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”.

57 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).

58 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).

59 Expediente digital T8338971, archivo “T8338971 – Constancia llamada telefonica [sic] al accionante.pdf”.

60 Los comprobantes de los aportes de noviembre y diciembre de 2020 están en el expediente digital T8338971, archivo “01Anexos.pdf”, folios 12 y 13.

61 Expediente digital T8338971, archivo “03Anexos.pdf”, folio 2.

62 Expediente digital T8338971, archivo “14ContestacionFamisanar.pdf”, folio 1.

63 Ibidem, folio 5. Mayúsculas originales.

64 Expediente digital T8338971, archivo "09Anexo 2 Planilla de Aportes Subsidio de Emergencia.pdf".