



Bogotá D.C., 19 octubre de 2022

REF.: Acción de Tutela N° 2022-00741 de LEYDY MARITZA DÍAZ OROZCO contra EPS FAMISANAR

SENTENCIA

Corresponde a este Despacho resolver en primera instancia la acción de tutela promovida por Leydy Maritza Díaz Orozco contra la EPS Famisanar por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, integridad personal y dignidad humana.

ANTECEDENTES

1. Hechos de la demanda

Señaló que el 20 de diciembre de 2021 nació su hijo Emiliano Saganome Díaz y que para ese momento estaba vinculada laboralmente con Bancolombia y afiliada a la EPS Famisanar.

Indicó que el empleador le solicitó allegar los respectivos documentos a fin de iniciar el trámite de remuneración por concepto de la licencia de maternidad la cual fue radicada el 20 de enero bajo el No. 5010-2022-E-14740.

Aseguró que en el mes de abril del presente año el empleador le informó que la EPS Famisanar no había gestionado el pago de la licencia de maternidad, por lo que se comunicó con la entidad y le informaron que se encontraban en gestiones internas, razón por la cual debía esperar 15 días para recibir su respuesta.

Sostuvo que el 17 de mayo del presente año se acercó a la EPS para solicitar información y allí le informaron que debido a la incapacidad presentada en el último embarazo, es decir, del 30 de noviembre al 29 de diciembre de 2021, se había presentado una confusión y las licencias se habían cruzado; sin embargo, la EPS alegaba que efectuó los pagos completos de la incapacidad al empleador, por lo que era el banco el que le tenía que devolver ese dinero a la EPS para que la EPS liquidara todo nuevamente y proceder con el pago de la licencia de maternidad.

Adujo que informó al empleador de la situación anterior, pero ellos le informaron que la EPS no les había notificado esa información y que, si la EPS solicitaba que el banco realizara la devolución del dinero, se lo debían informar de manera adecuada con la documentación pertinente para el caso.

Añadió que el 11 de julio de 2022 radicó una petición ante la EPS bajo el número 5010-2022-170325 y que hasta la fecha de interposición de la acción de tutela no había recibido respuesta alguna, razón por la cual se acercó a las instalaciones de la EPS el 1° de septiembre y allí le informaron que no habían gestionado la petición, motivo por el cual la radicarón nuevamente bajo el No. 6134759.

Señaló que el 15 de septiembre nuevamente se acercó a las instalaciones de la EPS y que allí la asesora encargada le informó de manera textual que se les había olvidado informarle que el requerimiento había sido rechazado.



2. Objeto de la Tutela

De acuerdo con lo anterior, la accionante solicita que, a través de la presente acción, se protejan sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la integridad personal y a la dignidad humana y, en consecuencia, pide que, en el término de las 48 horas, se ordene a la accionada el pago de su licencia de maternidad adeudado desde el 20 de diciembre de 2021.

TRÁMITE DE INSTANCIA

La presente acción fue admitida por auto del 4 de octubre 2022, en virtud de la cual se ordenó librar comunicaciones a la accionada a efectos de que allegara toda la información que tuviera respecto de la situación expuesta por la accionante y además se ordenó vincular al banco Bancolombia con el fin de ponerles en conocimiento el escrito de tutela y se les solicitó suministrar la información relevante.

Así mismo, mediante auto del 14 de octubre de 2022 se requirió al banco Bancolombia para que aportara los comprobantes de nómina con sus respectivos soportes de pago de los periodos comprendidos entre noviembre de 2021 a junio de 2022 realizados a la accionante.

Informes recibidos

La **EPS Famisanar** indicó se estaba realizando todas las gestiones administrativas para materializar los servicios requeridos por la accionante y, en ese sentido, no había negado la prestación de los servicios solicitados por la afiliada; por el contrario, estaba validando y gestionando la solicitud de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

Señaló que, una vez materializado el servicio a favor del paciente, la entidad remitiría un informe de alcance en virtud del cual aportaría las pruebas y solicitaría la culminación de cualquier trámite judicial en contra de la EPS Famisanar.

Por lo anterior, que no existía sustento fáctico ni elementos suficientes para endilgar omisiones por parte de Famisanar toda vez que, las afirmaciones de la accionante se pudieron haber presentado por circunstancias no imputables a la entidad.

El **Banco Bancolombia** manifestó que aceptaba la existencia de la relación laboral mediante el contrato de trabajo a término indefinido; que la accionante estaba afiliada al sistema de seguridad integral y que oportunamente realizaba las cotizaciones. Así mismo, que Bancolombia durante el tiempo que la trabajadora había estado en licencia o incapacitada, le había reconocido el total de su asignación salarial.

Informó que, en relación con el reconocimiento económico de la licencia de maternidad, la empleada presentó una incapacidad antes de comenzar su licencia de maternidad, la cual fue aprobada y pagada por la EPS Famisanar con fecha de inicio del 30 de noviembre al 19 de diciembre de 2021 y concomitante con esa incapacidad, se dio inicio a la licencia de maternidad a partir del 20 de diciembre del 2021.

Sostuvo que era la licencia de maternidad la que indicaba Famisanar que no iba a reconocer hasta que Bancolombia le reintegrara el valor pagado por la incapacidad inicial del 30 de noviembre pues se cruzaba con la licencia de maternidad del 20 al 29 de diciembre.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

Aclaró que no habían realizado el pago pues si le reintegraban a la EPS el valor que ya les habían pagado, ellos a su vez debían pagar además de la licencia de maternidad, los días comprendidos entre el 30 de noviembre y el 19 de diciembre de 2021 que era la fecha en que comenzó la licencia.

Manifestó que era cierto que la accionante presentó ausentismos laborales por incapacidades que no habían sido reconocidas por la EPS conforme lo describe en el escrito de tutela.

Finalmente, solicitó la desvinculación de la presente acción de tutela por no incurrir en acción u omisión alguna que afectara los derechos fundamentales de la accionante y resaltó que, frente a la incapacidad reclamada, era la EPS accionada la que estaba llamada legalmente a reconocerla.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la constitución política de Colombia, norma que la establece como un mecanismo jurídico sumario y que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando le son vulnerados o están en amenaza debido a la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular.

Sin embargo, para que prospere la acción constitucional se debe demostrar la vulneración de los preceptos fundamentales que se consideran conculcados y en algunos casos, también la causación de un perjuicio irremediable, para que el juez de tutela concrete su garantía, pues únicamente cuando sea indubitable su amenaza o vulneración resulta viable por esta vía ordenar el reconocimiento de una situación que puede llegar a ser dirimida por otro medio de defensa judicial (Corte Constitucional Sentencia T-471 de 2017).

Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad.

De conformidad con el artículo 48 de la Constitución, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. A su vez el artículo 49 indica que el Estado debe establecer las políticas para la prestación de los servicios de salud por parte de las entidades.

El artículo 84 de la Constitución Política determina que, cuando un derecho es reglamentado de manera general, las autoridades no pueden establecer ni exigir requisitos adicionales para el ejercicio. A su vez, el artículo 29 dispone que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones lo que significa que para resolver el alcance de los derechos de los ciudadanos se deben observar las leyes preexistentes y la plenitud de las formas propias de juicio.

La licencia de maternidad es una de las manifestaciones más relevantes de la protección especial de la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que se le otorgan a la mujer trabajadora. El artículo 43 de la Constitución Política dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado. Esa protección especial a la maternidad se materializa en una serie de medidas de orden legal y reglamentario dentro de las que se destacan los descansos remunerados en la época del parto.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

Según la Corte Constitucional mediante Sentencia T-998 de 2008 la licencia de maternidad es un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que esta derivaba y cuya percepción se ve interrumpida con motivo del parto. Es así como el hecho generador de la licencia de maternidad no es el alumbramiento aisladamente considerado, sino este hecho aunado a la preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento.

Además de tener una connotación económica, se deriva una doble e integral protección por cuanto cubre a las madres y a sus hijos o hijas y es integral porque comprende un conjunto de prestaciones que buscan asegurar que las mujeres trabajadoras y sus descendientes dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad.

Esta prestación beneficia a las mujeres afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo. Es decir, aquellas madres que, con motivo del alumbramiento de sus hijos suspenden sus actividades productivas y no perciben ingresos que usualmente cubrían sus necesidades vitales. Dicho reconocimiento será brindado siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico pues tal y como lo señala el artículo 1° de la Ley 1822 de 2017 estos son:

i) Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. //
ii) Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor. //
iii) Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar: a) El estado de embarazo de la trabajadora; b) La indicación del día probable del parto, y c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Además, el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 2016 dispone que para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación. En ese sentido, la norma señala:

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

En los casos en que, durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

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

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

De conformidad con las disposiciones mencionadas, las EPS no le pueden exigir a las mujeres que pretenden el reconocimiento de la licencia de maternidad, el cumplimiento de formalidades no previstas legalmente. Lo anterior prohíbe que se impongan cargas excesivas a personas que dadas sus circunstancias son sujetos de especial protección constitucional.



Caso concreto

La accionante solicita que, a través de la presente acción, se protejan sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la integridad personal y a la dignidad humana y, en consecuencia, pide que en el término de las 48 horas, ordene a la accionada el pago de su licencia de maternidad adeudado desde el 20 de diciembre de 2021.

Para sustentar sus pedimentos aportó en formato PDF copia de la licencia de maternidad emitida por la Clínica de la Mujer de fecha del 20 de diciembre de 2021 al 24 de abril de 2022.

También allegó la solicitud radicada ante la EPS Famisanar relacionada con el reconocimiento de la licencia de maternidad bajo el radicado 5010-2022-E-111359; un formato de negación de incapacidades de fecha del 10 de junio de 2022 y copia de la petición con fecha del 11 de julio de 2022.

Por su parte, la EPS Famisanar no allegó material probatorio alguno y el banco Bancolombia allegó la certificación laboral de la accionante junto con la planilla integrada de autoliquidación de aportes y los soportes de pago de los periodos comprendidos entre noviembre de 2021 a junio de 2022 realizados a la accionante.

En atención a la naturaleza prestacional del derecho que se reclama, es necesario, realizar un análisis de fondo que permita determinar si en el presente caso le asiste a la accionante el derecho o no al pago de la licencia de maternidad.

Como se esbozó en el marco normativo de esta providencia la licencia de maternidad corresponde a un descanso remunerado de 18 semanas que la ley le confiere a la mujer que tiene un hijo, el cual debe ser pagado por el empleador y reconocido por la EPS.

A su vez se informó que los requisitos que exige la EPS para reconocer y pagar la licencia¹ no deben ser una limitante para el reconocimiento de la licencia de maternidad toda vez que, de no cumplirse esos requisitos, el empleador debe en todo caso pagar la licencia toda vez que el contrato de trabajo no se suspende por una licencia de maternidad y la trabajadora seguirá teniendo derecho al salario pactado.

Lo anterior significa que, si la afiliada es dependiente, es decir, está vinculada laboralmente con un contrato de trabajo como es el caso actual de la accionante con Bancolombia, la licencia debía ser pagada en su totalidad por el empleador sin exigir ningún requisito por parte de la trabajadora pues bastaba con que para la fecha del parto tuviera vigente el contrato de trabajo para que naciera en el empleador la obligación de concederle la licencia de maternidad y pagarle lo que corresponde.

Ahora bien, ni la ley ni los reglamentos han fijado una fecha exacta en la que se debe pagar la licencia de maternidad por lo que la Circular 11 de 1995 de la Superintendencia de salud en su numeral 1.4 señaló que:

¹ Ser afiliada como cotizante; haber cotizado durante el periodo de gestación y estar al día en el pago de las cotizaciones. Además de los requisitos del numeral 3 del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo los cuales corresponden al estado de embarazo de la trabajadora; la indicación del día probable del parto y la indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo cuenta que por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

El valor a pagar mensualmente de la licencia de maternidad equivale al ciento por ciento (100%) del salario que devengue al momento de entrar a disfrutar del descanso. El pago lo hará directamente el patrono a los afiliados cotizantes que disfrutan de la licencia, con la misma periodicidad de su nómina y por la parte causada.

Es de precisar que si bien dicho concepto no recoge todos los cambios que ha sufrido la norma respecto de la licencia de maternidad, sí establece que es el empleador quien debe pagar la licencia que luego recobrará a la EPS. Lo cual guarda relación directa con el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo que señala que el empleador seguirá pagando a la trabajadora en licencia de maternidad el salario de normalmente venía cobrando, en las fechas que regularmente le estaban pagando.

Ahora bien, el artículo 121 del Decreto 019 de 2012 señala que:

El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

A su vez, el concepto 201311200478701 del 19 de abril de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social estableció que en caso de coexistir una licencia de maternidad con una incapacidad por enfermedad general y teniendo en cuenta que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud no pueden reconocerse simultáneamente a un afiliado dos prestaciones económicas, se causará únicamente el subsidio por maternidad, dado su especial protección constitucional y legal, lo que como tal, lo torna prevalente sobre la incapacidad por enfermedad general.

No obstante, si culminada la licencia por maternidad, subsiste la incapacidad, ésta le será reconocida conforme a lo establecido para la contingencia por enfermedad general, según las disposiciones vigentes; sin embargo, este no fue el caso.

Ahora, si bien en el caso en concreto se presentaron simultáneamente la incapacidad y la licencia de maternidad, la norma fue clara al establecer que la licencia de maternidad prima sobre la incapacidad al ser prestaciones económicas diferentes, pues en la primera la prestación económica equivale al 100% del salario y en la segunda es equivalente a las dos terceras partes del salario.

Frente al material probatorio, se tiene no solo lo dicho por la accionada sino las documentales que fueron aportadas por requerimiento del Despacho, se pudo establecer que, durante la época de la licencia, en efecto, su empleador le reconoció a la accionante el 100% de su salario tal y como lo señala la norma. Que, si bien se hicieron unas deducciones, el Despacho no entra al estudio de los mismos toda vez que corresponden a afiliaciones, aportes, libranzas y demás conceptos que sobrepasan el margen de la acción constitucional y en todo caso, de resultar una presunta vulneración, será el Juez Laboral el encargado de determinar si le asisten o no esas deducciones.

Resulta importante aclarar que los asuntos administrativos o financieros del empleador con la EPS no deben interferir con el derecho fundamental de la accionante en cuanto al pago y el reconocimiento de su licencia de maternidad; sin embargo, una vez se comprobó el pago del salario a la accionante durante su licencia de maternidad, ya será cuestión de la EPS adelantar los asuntos administrativos pertinentes en pro de que le sea reconocido su dinero pues es el



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

empleador el que debe realizar el pago y recobrar a la EPS sin establecer ni exigir requisitos adicionales a la accionante

Ahora bien, en lo que respecta a la EPS Famisanar, si bien manifestó que remitiría un informe de alcance en virtud del cual aportaría las pruebas y solicitaría la culminación de cualquier trámite judicial; en el transcurso de decisión del presente caso, no se allegó memorial alguno.

Por lo anterior este Despacho negará la acción de tutela toda vez que como bien se estableció, el banco Bancolombia le reconoció el 100% del salario a la accionante y a su vez instará al Banco Bancolombia y a la EPS Famisanar para que realicen ese ajuste de cuentas a efectos de evitar futuras acciones judiciales.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la acción de tutela instaurada por **Leidy Maritza Díaz Orozco** identificada con c.c. 1.019.082.750 contra el **Banco Bancolombia S.A.** y la **EPS Famisanar** de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: INSTAR al Banco Bancolombia S.A. y a la EPS Famisanar para que realicen el respectivo ajuste de cuentas a efectos de evitar futuras acciones judiciales.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito y eficaz.

CUARTO: PUBLICAR esta providencia en la página de la Rama Judicial e informar a las partes sobre la forma de consultar la misma.

QUINTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada por la parte interesada dentro de los 3 días hábiles siguientes a su notificación efectiva.

Notifíquese y Cúmplase,

La Juez,

LORENA ALEXANDRA BAYONA CORREDOR

Firmado Por:
Lorena Alexandra Bayona Corredor
Juez Municipal
Juzgado Pequeñas Causas
Laborales 3

Bogotá, D.C. - 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: **a7bcced4d6cf22e6428ba71b6ed91a27511b9109e324e9a7e278f1ae0d0f9bbc**

Documento generado en 19/10/2022 11:16:41 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>