

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**

Bogotá, D.C., Veintiuno (21) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA RAD.110014003072**2023-00240-01**

Se decide la impugnación interpuesta por la accionada **EPS Famisanar**, contra el fallo proferido el 16 de febrero de 2023 por el **Juzgado Setenta y Dos (72) Civil Municipal de Bogotá, Transformado Transitoriamente en Cincuenta y Cuatro de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple**.

### 1. ANTECEDENTES

La señora **Laura Vanessa Alarcón León**, instauró acción de tutela en nombre propio y contra la Entidad Promotora de Salud **Famisanar S.A.S.**, para que mediante sentencia favorable, el Juez Constitucional, le ordenara a la accionada a pagar la licencia de maternidad dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo. Sustentó el reclamo, aduciendo que desde el año 2015 se encuentra afiliada a la EPS, cotizando de manera ininterrumpida y que en el mes de septiembre de 2022 tuvo su parto, no obstante, no le fue reconocido tal protección a la maternidad por parte de la promotora, por lo que elevó petición ante aquella, el cual le emitió repuesta el 19 de enero pasado, informándole que el empleador realizó los portes de manera extemporánea durante el periodo de gestación, lo que infringía el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1247 de 2022, por lo que no accedía la solicitud endilgando la responsabilidad al cotizante; situación que condujo a la actora a acudir a esta herramienta constitucional, reclamando el amparo de sus derechos fundamentales anexos al mínimo vital.

En el trámite de primera instancia, el Juzgado de Pequeñas Causas, decidió conceder el amparo deprecado, luego de analizar la documental anexada en los informes rendidos por la entidad accionada y las vinculadas. En su estudio cercioró que se cumpliera con los principios de inmediatez y subsidiariedad, en el entendido que la acción de tutela no procede contra acreencias laborales, empero, excepcionalmente puede acudirse a este mecanismo, con el fin de proteger el mínimo vital y la vida digna, que en el asunto que a continuación se revisará, consideró necesario con el fin de proteger el derecho de la accionante quien es cabeza de hogar y de su menor hija, acotando que en el caso se cumplió con los requisitos legales de exigencia precisados en la jurisprudencia; que la accionada no requirió al obligado como tampoco se opuso cuando realizó el pago tardío, por lo que se tuvo como allanada ante tal circunstancia, y al no haberse dejado de cotizar, el A quo concluyó que en el asunto se cumplían los criterios jurisprudenciales para que dicha entidad asumiera el pago de la licencia de maternidad.

La **EPS Famisanar S.A.S.**, estando en tiempo, impugnó la sentencia de primer grado, manifestando estar inconforme con tal decisión, solicitando que sea revocada exponiendo los siguientes aspectos que sustentó así: en primer lugar, que la accionante se encuentra afiliada a la entidad en calidad de cotizante dependiente, sin embargo, realizó los aportes al segundo día hábil ordenado en Ley, especialmente el Decreto 1427 de 2022, adjuntando la tabla de pagos realizados por la entidad empleadora de la accionante; segundo, predicó que la actuación por parte de la EPS ha sido legítima, en cuanto no la ha negado el servicio de la afiliada; y por último, que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para reclamar derechos de índole económicos, existiendo otros medios de defensa, por lo que la acción no cumple con el principio de subsidiariedad, solicitando que en sede de impugnación se modifique el fallo de primer grado y en su lugar se nieguen las pretensiones.

## 2. CONSIDERACIONES

A voces del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, radica en este Despacho la competencia para resolver la impugnación alegada, por ser el superior funcional de la autoridad que adoptó la decisión de primera instancia.

En este caso resolverá, si el fallo de primer grado erró al conceder el amparo solicitado por la señora **Laura Vanessa Alarcón León**, desconociendo que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para el reconocimiento de la licencia de maternidad aunado a que el empleador realizó los pagos de cotización al sistema de seguridad social de manera extemporánea, durante el periodo de gestación de la accionante.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o si existe, cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

Ahora bien, para resolver este asunto, se considera importante recordar que, la acción de tutela ha sido establecida como un instrumento *residual* y *subsidiario* de defensa de los derechos fundamentales, por lo cual, su ejercicio no es procedente cuando existen otras opciones igualmente adecuadas de protección de los mismos; por ello, la Carta Política señala expresamente, en el artículo 86, que esta acción: “...solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”, planteamiento que es reafirmado por el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, al indicar: “La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales”.

Por ello, al aceptar la intervención del Juez constitucional en la órbita propia de los funcionarios a quienes el legislador ha atribuido determinadas competencias, equivale no sólo a desnaturalizar el carácter subsidiario y residual del mecanismo de amparo, sino también a atentar contra los principios constitucionales de independencia y autonomía funcionales que informan el ejercicio de la administración de justicia<sup>1</sup>.

De lo anterior, surge la excepción que, “la acción de tutela resulta ser el medio idóneo para reclamar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a partir de la comprobación de las siguientes circunstancias: (i) se interponga dentro del año siguiente al nacimiento<sup>2</sup>; y (ii) la presunción de afectación al mínimo vital de la madre y su hijo ante la ausencia del pago de dicha prestación.<sup>3</sup>”; de la demanda constitucional, se tiene que la menor hija de la accionante nació el 15 de septiembre de 2022, según certificado de nacimiento obrante a folio 13 del archivo 001, y la acción de tutela fue presentada el 07 de febrero de 2023, una vez finalizada la etapa de licencia de maternidad. Ahora, en relación con la presunción de afectación al mínimo vital de la madre y su hija, ante la ausencia del pago de dicha prestación, la jurisprudencia Constitucional ha sostenido que “la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y está ligada al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presupone una vulneración del derecho a la vida<sup>4</sup>”. Así mismo, el alto tribunal ha

<sup>1</sup> Consejo de Estado Sección quinta 10 de agosto de 2012 - 25000-23-26-000-2012-00736-01

<sup>2</sup> Ídem.

<sup>3</sup> Sentencia T-475 de 2009.

<sup>4</sup> Sentencias T-368, T- 475 de 2009 y T-554 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio. Igualmente, la sentencia T-664 de 2002, expuso: “el mínimo vital [es] aquella porción absolutamente indispensable para cubrir las necesidades básicas de alimentación, vestuario, educación y seguridad social.

(...)

La licencia de maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo tanto su no pago vulnera el derecho a la vida. La licencia de maternidad equivale al salario que devengaría la mujer en caso

señalado que, *“si la EPS rechaza la solicitud de licencia de maternidad, esta entidad tiene la carga de la prueba y por tanto le corresponde controvertir que no existe vulneración del derecho al mínimo vital, y en caso de no lograr controvertirlo se presume la vulneración<sup>5</sup>”*.

En el caso concreto del *sub examine*, delantadamente advierte el Despacho que la sentencia de primer grado sometida a consideración, habrá de confirmarse. Revisadas las probanzas recaudadas oportunamente en el curso de la primera instancia, de los hechos y argumentos esgrimidos por la accionante y la accionada, esta última demostró que en efecto no se vulneraba el mínimo vital de la accionante, como tampoco probó haber requerido a la empleadora de la señora **Alarcón León**, por el pago tardío de los respectivos aportes; pues en su criterio, decidió no pagar la licencia de la solicitante, soportándose en la mora que se había presentado y sin tener en cuenta que la afiliada continuó haciendo los aportes de manera continua.

De lo acontecido, si bien el inciso 2° del su artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 del 29 de julio de 2022, es claro al anunciar que, *“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.”*; lo cierto es que la **EPS Famisanar S.A.S.**, no acreditó haber requerido en mora a la empleadora encargada de realizar el aporte, para que, el no pago de la licencia se hubiese operado de manera legal, dejando sin base la acción constitucional. Empero, lo que sí ocurrió, con el actuar discreto de la entidad en oportunidad, fue la aparición de la figura del allanamiento a la mora, en el entendido que aceptó el pago extemporáneo.

En ese aspecto, la H. Corte Constitucional en sentencia del 19 de noviembre de 2019, asentó que las Entidades Promotoras de Salud, están en su deber de reclamar el cobro tardío al empleador o cotizante independiente, y el no hacerlo, subyace el allanamiento a la mora, el cual no puede afectar la buena fe del afiliado:

*“(…)existen eventos en los cuales la entidad promotora de salud se encuentra en la obligación de pagar las prestaciones económicas, como incapacidades y la licencia de maternidad, a aquellos afiliados que se encuentren en mora en los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Esto ocurre cuando la E.P.S. se allana a la mora, es decir, que, frente al incumplimiento o cumplimiento tardío del aporte mensual al sistema de salud por parte del empleador, la entidad no hace uso de la facultad que tiene para el cobro de lo debido. Así, asentir que las E.P.S. no reconozcan y paguen las incapacidades o la licencia de maternidad, pese a tener a su disposición mecanismos para el cobro de los aportes de mora por parte de los empleadores, sería aceptar que esta se favorezca de su propia negligencia, desconocimiento los principios de buena fe y confianza legítima del afiliado. En el caso estudiado, la Corte Constitucional concluyó que la accionante tenía derecho al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y las incapacidades médicas reclamadas, toda vez que: (i) se encontraba afiliada al Sistema General Social en Salud, en calidad de cotizante dependiente, (ii) realizó aportes al sistema desde el 10 de abril de 2018 (fecha de afiliación de la actora a Comfenalco Valle E.P.S.) hasta el 7 de agosto de la misma anualidad (momento hasta el cual la empleadora de la peticionaria realizó aportes al sistema de salud), esto es, por mas de cuatro (4) semanas; (iii) durante el periodo de gestación, cotizó cerca de cuatro (4) meses y; (iv) Comfenalco Valle E.P.S., no adelantó los trámites correspondientes para el cobro de los periodos adeudados, situación que la obliga*

---

*de no haber tenido que interrumpir su vida laboral, y corresponde a la materialización de la vacancia laboral y del pago de la prestación económica”.*

<sup>5</sup> Cfr. Sentencia T-503 de 2016.

*a asumir consecuencias derivadas de su propia negligencia, esto es, reconocer el pago de las prestaciones económicas a que tiene derecho la accionante (allanamiento a la mora).<sup>6</sup>*

Así las cosas y sin más elucubraciones al respecto, esta Juez Constitucional habrá de confirmar la decisión de primer grado al comprobar que no le asiste razón a la **EPS Famisanar S.A.S.**, como lo sustentó en el escrito de impugnación, toda vez que en el Estado Social de Derecho, no sólo se está protegiendo el derecho de la usuaria afiliada que es madre cabeza de familia, sino también, el derecho de la menor, el cual goza de vital prioridad y ostenta la calidad de sujeto de especial protección.

### 3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero (3º) Civil del Circuito de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE:

**3.1. CONFIRMAR** el fallo proferido el 16 de febrero de 2023 por el **Juzgado Setenta y Dos (72) Civil Municipal de Bogotá, Transformado Transitoriamente en Cincuenta y Cuatro de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta urbe**, por las razones señaladas en esta providencia.

**3.2. COMUNICAR** lo resuelto, tanto al Juez *A quo* como a las partes, por el medio más expedito y eficaz.

**3.3. REMITIR** las presentes diligencias a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

  
**LILIANA CORREDOR MARTÍNEZ**  
**JUEZ**

Yapn

---

<sup>6</sup> Sentencia T-526 de 2019; Mp. Alberto Rojas Ríos.