



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
cmpl02bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., 17 de febrero de 2023
Acción de tutela No. 2023-0114

Se decide la acción de tutela interpuesta por **JESIKA ALEJANDRA TOBAR ARIZA**, contra **FAMISANAR E.P.S S.A**, tramite en el que se vinculó a la Sociedad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES.

ANTECEDENTES

La accionante pretende que en salvaguarda de sus derechos fundamentales se amparen sus derechos fundamentales a la vida en conexidad con el mínimo vital y derecho al pago de la licencia de maternidad, ordenando a la accionada a liquidar la licencia de maternidad teniendo en cuenta el ultimo Ingreso Base de Cotización del inicio de la licencia de maternidad, procediendo al reconocimiento y pago completo de los 126 días de incapacidad, según lo estipulado en la certificación médica respectiva, igualmente, busca que se ordene el pago de los intereses moratorios causados por la demora en el pago de la licencia de maternidad, y por último que se ordene el pago de las sumas reconocidas en el menor tiempo posible y en la cuenta de ahorros informada.

Como sustento de lo pretendido manifestó que para el día 22 de septiembre de 2022, tuvo parto en la Clínica Colsubsidio de la 94 en la ciudad de Bogotá, por lo tanto, el médico que atendió el parto expidió incapacidad por concepto de licencia de maternidad equivalente a 126 días a partir del día 22 de septiembre de 2022 hasta el 26 de enero de 2023, adjuntando la documentación.

Informó que el día 29 de septiembre de 2022, radicó ante la accionada petición de transcripción de la licencia de maternidad, informando el mismo día que la licencia se pagaría en cuatro meses, sin informarle que los aportes deberían cancelarse en los tres primeros días de cada mes so pena de no pagar la licencia solicitada.

Refirió que después de varias solicitudes la accionada procedió a remitir respuesta el día 27 de noviembre de 2022, negando el pago de la licencia de maternidad con fundamento en que se había realizado el pago de los aportes en seguridad social de manera extemporánea, quien procedió en fecha 25 de noviembre del mismo año a radicar petición de

reconsideración, no obstante, la accionada ratificó la respuesta negando el pago.

Agregó que durante su periodo de gestación realizó los aportes en salud sobre un IBC equivalente al salario mínimo, los cuales continúa realizando a la fecha, sin embargo, desconocía que debían realizarse los tres primeros días de cada mes.

I. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Aduce la actora la violación de su derecho fundamental a la vida en conexidad con el mínimo vital y derecho al pago de la licencia de maternidad.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida el día 08 de febrero de 2023 y comunicada a las partes por el medio más expedito.

IV. CONTESTACIÓN A LA TUTELA

La accionada **FAMISANAR E.P.S S.A**, en respuesta a la presente acción, y para el caso en concreto informó que la Licencia de maternidad *«queda en estado cuenta de cobro para pago, se liquidó de manera proporcional teniendo en cuenta los periodos de gestación VS los periodos cotizados»*, de conformidad a lo regulado en el Decreto 780, Artículo 2.1.13.1.

0009271685	22/09/2022	25/01/2023	O800	\$ 1,000,000	128	105	\$ 3,797,462	CC	1014255012	Cuenta de cobro
------------	------------	------------	------	--------------	-----	-----	--------------	----	------------	-----------------

Solicitó negar el amparo constitucional teniendo en cuenta que no se encuentran cumplidos los requisitos para su procedibilidad, no se ha vulnerado derecho fundamental alguno, y el mismo no fue concebido para dirimir conflictos de carácter patrimonial, toda vez, que existen otros mecanismos judiciales para reclamar.

ADRES. En respuesta a la presente acción solicitó en primera medida declarar a la improcedencia del amparo constitucional, por tratarse de controversias meramente económicas y no versar sobre derechos fundamentales, y segunda medida solicitó se desvinculara de la presente acción al carecer de falta de legitimación en la causa por pasiva, por no haber vulnerado derecho alguno y teniendo en cuenta que conforme a las disposiciones de la Ley 100 de 1993 corresponde a las EPS el pago de las licencias de maternidad.

CONSIDERACIONES

1. De la competencia

Es competente este despacho judicial para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en el artículo 86 constitucional, en armonía con las normas contenidas en el Decreto 2591 de 1991.

2. Naturaleza de la acción constitucional

El artículo 86 de la Constitución Política ha establecido como mecanismo procesal específico y directo la acción de tutela, para que toda persona pueda reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que los mismos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que la referida acción se utilice como mecanismo transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable y bajo las condiciones específicamente previstas en el Decreto 2591 de 1991 y de los precedentes jurisprudenciales vigentes, aplicables al caso concreto.

La acción constitucional de tutela no tiene una finalidad distinta a la de buscar la protección de derechos de rango superior cuando éstos se puedan ver lesionados por situaciones de hecho, por actos u omisiones que impliquen su desconocimiento o trasgresión. Por consiguiente, este mecanismo no puede utilizarse para pretender el restablecimiento de derechos que no tienen esta connotación y menos cuando se dispone de otros medios para su reconocimiento puesto que la tutela no constituye un procedimiento alternativo, adicional o complementario para alcanzar fines u objetivos diferentes para los cuales fue instituida.

3. Problema jurídico

Corresponde determinar *i)* si la accionada vulneró los derechos fundamentales alegados por la actora y de ser así establecer si la vulneración persiste, *ii)* y con ello si es viable ordenar a la accionada a liquidar la licencia de maternidad teniendo en cuenta el ultimo Ingreso Base de Cotización del inicio de la licencia de maternidad, procediendo al reconocimiento y pago completo de los 126 días de incapacidad según lo estipulado en la certificación médica., igualmente, ordenar el pago de los intereses moratorios causados por la demora en el pago de la licencia de maternidad; y por último que ordenar el pago de las sumas reconocidas en el menor tiempo posible y en la cuenta de ahorros informada.

4. Caso concreto

En el caso presente la acción se dirige en contra **FAMISANAR E.P.S S.A.**, a quien se le endilga la presunta vulneración a los derechos fundamentales ya citados.

De acuerdo con el marco normativo reseñado, el artículo 86 de nuestra Carta Política enseña que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad.

Es un instrumento jurídico, que la Carta Política ha confiado a los jueces, con el propósito de brindar a los ciudadanos la posibilidad de acudir a la jurisdicción sin mayores requerimientos de índole formal y a falta de otro medio judicial de defensa, a efecto de que se protejan los derechos fundamentales del quebranto o amenaza, logrando el cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Tiene dos características esenciales, como bien lo ha señalado la Corte Constitucional: a- La de ser una acción subsidiaria, por cuanto solo es posible hacer uso de ella cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable (art. 86 inc.3) b- La de ser una acción inmediata, toda vez que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del Derecho sujeto a violación o amenaza.

Es decir, su procedencia se condiciona, entre otros aspectos, a la inexistencia de otros mecanismos de defensa a través de los cuales sea posible la protección de tales derechos cuando estén siendo vulnerados o puestos en peligro, o que existiendo otro medio de defensa, se invoque como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable, como para tal efecto lo señala el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 con la condición de que el afectado inicie la correspondiente acción en un máximo de cuatro meses a partir del fallo de tutela.

La acción de tutela no fue concebida para otorgarle un alcance inadecuado, ni para ser utilizado de forma antojadiza por los ciudadanos, dado que no es un instrumento creado para pretermitir o reemplazar las distintas instancias judiciales o administrativas. El propósito claro y definido de este mecanismo de amparo constitucional no es otro que el de brindarle protección inmediata y subsidiaria al accionante, pues de lo contrario se generaría inestabilidad e inseguridad en el orden jurídico.

En lo que respecta al requisito de subsidiariedad comporta señalar que para el caso en concreto la acción de tutela es procedente en cuanto que la estudiante no tiene a su alcance un mecanismo judicial idóneo que haga realmente efectivo su derecho a la educación. De manera que es labor del juez constitucional estudiar de fondo el asunto.

Descendiendo al caso *sub judice*, respecto a la licencia de maternidad enseña el artículo 1° de la Ley 1822 de 2017 y el numeral 1° del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo que:

“Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.-

- 1. 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.”*

Lo antedicho concordante con el Decreto 1427 de 2022, por medio del cual sustituyó el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de

2016 entre otros, reglamentando en el Artículo 2.2.3.2.1 las «Condiciones para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad», en los siguientes términos:

“Para el reconocimiento y pago de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que la afiliada, acredite las siguientes condiciones al momento del parto:

Estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante y en estado activo.

Haber efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

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.

Habrà 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.

A las afiliadas que hubieren cotizado por un período inferior al de la gestación, se les 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, salvo lo previsto en el artículo 2.2.3.2.3 de este Decreto, para las trabajadoras independientes con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente”.

Así mismo, refiere el artículo 2.2.3.2.3 del Decreto en cita que:

“Cuando la trabajadora independiente, con ingreso base de cotización de un salario mínimo mensual legal vigente, haya cotizado un período inferior al de gestación, tendrá derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad, conforme a las siguientes reglas: Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos períodos, procederá el pago completo de la licencia. Cuando ha dejado de cotizar por más de dos períodos, procederá el pago proporcional de la licencia, en un monto equivalente al número de días cotizados que correspondan frente al período real de gestación.

En ningún caso, la licencia de maternidad podrá ser liquidada con un Ingreso Base de Cotización inferior a un (1) salario mínimo mensual legal vigente”.

Ahora bien, respecto a la procedibilidad del amparo constitucional la Corte Constitucional ha realizado múltiples pronunciamientos sobre el tema entre los cuales tenemos el realizado a través de la Sentencia T-014 de 2022. M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, del que se extrae:

“En materia del reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, esta Corporación ha fijado unos criterios específicos en torno al requisito de subsidiariedad. 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 materia.

(...)

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”.

Para el caso *sub examine* la accionante instauró acción de tutela al considerar que le está siendo vulnerados sus derechos fundamentales a la vida y mínimo vital suyo y de su hija recién nacida al no realizarse el pago por la accionada de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que se encuentra desempleada y sin los recursos económicos necesarios para su sostenimiento y el de su pequeña hija, según informó a la accionada en el derecho de petición de fecha 28 de diciembre de 2022, aportado por la actora.

En razón de lo anterior, corresponde al Juzgado, con base en las probanzas que integran el protocolo de tutela, analizar tanto los supuestos fácticos como los jurídicos del actuar que se acusa como violatorio de los derechos fundamentales del accionante, para determinar si hubo o no la alegada transgresión y si, en consecuencia, amerita su restablecimiento, por la vía constitucional escogida.

Se encuentra que en efecto, la accionante realizó el pago de sus aportes bajo un IBC equivalente a Un (1) SMMLV para el año 2022 desde el mes de febrero de 2022, en calidad de trabajadora independiente hasta el mes de diciembre de la misma anualidad, con la salvedad de que en el mes de febrero se cotizó por 16 días.

Respecto a la respuesta emitida por la accionada, observa que se procedió a liquidar la licencia de maternidad de la accionante, la cual actualmente se encuentra en estado cuenta de cobro para pago, sin embargo, a la fecha y conforme a la respuesta obtenida de la accionante, a través, de indagación realizada vía telefónica por el despacho, no ha sido pagada.

Encuentra este despacho que la liquidación realizada por la EPS FAMISANAR, no se encuentra ajustada a derecho, pues itérese el artículo 2.2.3.2.3 del Decreto 1427 de 2022, el cual consagro que la *«trabajadora independiente, con ingreso base de cotización de un salario mínimo mensual legal vigente, haya cotizado un período inferior al de gestación, tendrá derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad, conforme a las siguientes reglas: **Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos períodos, procederá el pago completo de la licencia.** Cuando ha dejado de cotizar por más de dos períodos,*

procederá el pago proporcional de la licencia, en un monto equivalente al número de días cotizados que correspondan frente al período real de gestación» (Negrita fuera de texto original), en tal sentido, y para el caso sub lite se deberá realizar el pago completo de la licencia de maternidad, lo que suyo no sólo garantizará los derechos iusfundamentales invocados y conculcados a la accionante sino que aspira a salvaguardar los derechos de la infante recién nacida, en términos de garantizar sus derechos prevalentes e interés superior, de suma importancia, si se considera la etapa vital de desarrollo en la que se encuentra.

Así las cosas, se concederá el amparo constitucional deprecado por la actora, y en consecuencia, se ordenara a la accionada para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas proceda a liquidar la licencia de maternidad conforme al Decreto 1427 de 2022, y a realizar el pago en la cuenta de ahorros No. 009900311250 del Banco Davivienda de propiedad de la actora, según certificado Bancario adjunto.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Segundo Municipal de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER el amparo al Derecho fundamental al mínimo vital deprecado por la **JESIKA ALEJANDRA TOBAR ARIZA**, contra **FAMISANAR E.P.S S.A**, conforme a lo narrado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la accionada **FAMISANAR E.P.S S.A** para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de esta decisión proceda a liquidar la licencia de maternidad conforme al Decreto 1427 de 2022, y a realizar el pago en la cuenta de ahorros No. 009900311250 del Banco Davivienda de propiedad de la actora.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión por el medio más expedito y eficaz a las partes, enterándolas de que cuentan con la impugnación prevista en los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, en caso que no se encuentren conformes con lo aquí decidido.

CUARTO: Remitir en la oportunidad legal el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que las partes no hagan uso del recurso mencionado en el numeral anterior.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ROCÍO CECILIA CASTILLO MARIÑO
JUEZ