



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS (23) PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ D.C.**

Juez: Luz Angela Corredor Collazos
Radicación: 110014009023202200181
Accionante: Diana Katerine Gutierrez Betancourt
Accionado: Compensar EPS
Motivo: Acción de tutela 1° instancia
Decisión: Tutela

Bogotá D. C., veintidós (22) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

1. ASUNTO

El Juzgado Veintitrés (23) Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., decide sobre la acción de tutela instaurada por DIANA KATERINE GUTIERREZ BETANCOURT, en protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, vida, salud, dignidad humana, cuya vulneración le atribuye a COMPENSAR EPS.

2. HECHOS

Indica la demandante que el 04 de agosto de 2022, nació su hija Eilyn Violeta Acero Gutiérrez, empezándose a causar la licencia de maternidad y lactancia.

Agrega que el 04 de noviembre del 2022 le negaron el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, bajo la respuesta No. 11655404.

Por consiguiente, solicita la protección de los derechos fundamentales invocados, y se ordene cancelar el concepto de licencia de maternidad y lactancia.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Mediante auto del 13 de diciembre de 2022, el Despacho avocó el conocimiento de la presente acción constitucional, disponiendo correr traslado de la misma a la accionada COMPENSAR EPS, y vinculadas MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, MINISTERIO DE TRABAJO y a la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD, para que en el término improrrogable de un (1) día contado a partir del recibido de la respectiva notificación, se pronunciaran y allegaran los documentos que consideran pertinentes¹.

3.2. La apoderada judicial de COMPENSAR EPS, refirió que la accionante se encuentra afiliada a su representada en calidad de trabajador independiente.

Agregó que, si bien la entidad promotora de salud tiene la responsabilidad de cancelar las licencias e incapacidades en favor de los usuarios bajo el cumplimiento de los requisitos establecido en la ley, siendo estos administrados por es la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES, entidad encargada de aprobar o negar el cobro de dichos conceptos.

Preciso que no es posible autorizar y pagar la licencia No. 2960805 con fecha de inicio del 04 de agosto de 2022, debido a que el aporte que corresponde al mes de agosto de 2022, fue realizado de forma extemporánea el 26 de septiembre de 2022, siendo la fecha de límite de pago el 19 de septiembre de 2022, lo anterior, de acuerdo con el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 de 2022 y 14 de la Resolución 71842 de 2022.

Por último, manifestó que en caso de otorgar el reconocimiento de la licencia de maternidad, solicita se ordene expresamente a la ADRES la compensación de los aportes en favor de la actora, a su representada, conforme con el artículo 6 de la Resolución 71842 de 2022.

¹ Ver archivo 006 en cuaderno digital.



3.3. La Asesora de la Oficina Jurídica del MINISTERIO DEL TRABAJO, solicito la desvinculación de la entidad por falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de responsabilidad imputable del ente ministerial.

Pese a firmar no ser el responsable, indico que uno de los principios fundamentales en materia laboral recae en la protección especial de la mujer y la maternidad, en consonancia con el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, siendo así que, el pago de la licencia de maternidad y lactancia le corresponde efectuarlo a la Entidad Promotora de Salud, la cual cuenta con la posibilidad de ejercer el recobro de las sumas pagadas ante el Sistema de Seguridad Social en Salud Integral.

Finalmente, esbozo que la Corte Constitucional ha señalado la posibilidad de que se reconozca de manera proporcional el pago de la licencia de maternidad, en los eventos que los que la madre trabajadora no cuenta con el período de cotización exigida por la ley.

3.4. En su oportunidad, la Jefe de la Oficina Jurídica de la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD, indico que la demandante se encuentra activa y afiliada en salud a Compensar EPS en calidad de cotizante.

Refirió que, Compensar EPS es obligada y responsable en sufragar la licencia de maternidad y lactancia de la accionante de conformidad con la Ley 1822 de 2017.

Concluyendo en solicitar desvincular a su representada por falta de legitimación en la causa por pasiva, al no vulnerar derecho fundamental alguno, y no incurrir en ninguna responsabilidad objeto de reproche en el trámite tutelar.

3.5. Mediante auto del 16 de diciembre de 2022, se vinculó a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, para que en el término improrrogable de cuatro (4) horas contado a partir del recibo de la respectiva notificación, se pronunciara y allegara los documentos que considerara pertinentes.²

3.6. Finalmente, el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES pese a ser notificados del presente trámite constitucional, se abstuvieron de emitir respuesta, razón por la cual, se dará aplicación al artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

De conformidad con las previsiones del artículo 86 de la Carta Política, en concordancia con los artículos 1º, 37 y 42 del Decreto 2591 de 1991, y el Decreto 306 de 1992, así como con el numeral 1º del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1938 de 2017, la suscrita juzgadora es competente para resolver la presente acción de tutela.

4.2. Naturaleza de la acción de tutela

El ámbito conceptual que enmarca el campo de aplicación de la acción de tutela, está dado tanto en la consagración que de ella hace nuestra Constitución Política en el artículo 86, como su desarrollo normativo en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992 que lo reglamentan. En efecto, de esa normatividad surge esa figura jurídica, que puede definirse como una institución especial cuya finalidad es proteger los derechos y libertades fundamentales de la persona, mediante un procedimiento judicial preferente y sumario, cuando aquellos resultan vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares.

4.3. Problema jurídico a resolver

Se trata de establecer a la luz de los preceptos legales y constitucionales, si COMPENSAR EPS, vulnero o amenaza con vulnerar el derecho fundamental invocados por DIANA

² Ver archivo 018 en cuaderno digital.



KATERINE GUTIERREZ BETANCOURT, al no cancelarle el rubro de licencia de maternidad.

5. DEL CASO EN CONCRETO

Sea lo primero señalar que conforme lo establece el artículo 86³ de la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo constitucional de carácter residual, preferente y sumario, cuyo objeto es la protección judicial inmediata de los derechos fundamentales de la persona que lo solicita directa o indirectamente, con ocasión de la vulneración o amenaza que sobre estos se ha causado por autoridades públicas o excepcionalmente por particulares; siendo un recurso que se encuentra supeditado a los requisitos de legitimidad por activa y pasiva, de inmediatez y subsidiariedad.

Para el caso en conocimiento del Despacho, se acreditó la legitimación tanto por pasiva como por activa. En el entendido que, es la señora DIANA KATERINE GUTIERREZ BETANCOURT, quien acude al amparo constitucional en protección de sus derechos fundamentales, es decir se cumple con los presupuestos del art. 10 del Decreto 2591 de 1991; al igual que COMPENSAR EPS, para ser objeto pasivo de la tutela, por cuanto se trata de una entidad incluida en el numeral 1° del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1983 de 2017⁴, respecto de la cual la accionante se encuentra en una situación de subordinación.

Adicionalmente, se vislumbra satisfecho el *requisito de inmediatez* por cuanto la acción de tutela se interpuso en un tiempo prudencial, dado que, entre la actuación presuntamente vulneradora de los derechos de GUTIERREZ BETANCOURT, esto es la decisión negativa de cancelarle la licencia de maternidad y lactancia del 04 de noviembre de 2022, emitida por COMPENSAR EPS, han transcurrido 1 mes y 9 días al interponerse la acción constitucional el 13 de diciembre de los corrientes.

Frente al requisito de *subsidiariedad*, recuérdese el carácter de residual de la acción de tutela, siendo procedente como mecanismo principal de protección de derechos cuando i) *el afectado no dispone de otro recurso judicial dentro del ordenamiento jurídico; o (ii) pese a disponer del mismo, éste no resulte idóneo o particularmente eficaz para la defensa de los derechos amenazados o vulnerados*. Aunado a ello, se tiene que la tutela opera como *medio transitorio* cuando, aunque existan mecanismos ordinarios vigentes, sea necesario evitar la consumación de un perjuicio irremediable, el cual se configura ante la prueba siquiera sumaria de su inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad.

Al respecto, considera el despacho que DIANA KATERINE GUTIERREZ BETANCOURT, se encuentra en una condición de debilidad manifiesta al momento de presentar la acción constitucional y, por lo tanto, se halla en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable. Ello en el entendido que, siendo trabajadora independiente y cotizante, dio a luz a su hija Eilyn Violeta Acero Gutiérrez el 04 de agosto de 2022, sin contar actualmente con recursos económicos para solventar tanto sus necesidades básicas como las de su hija recién nacida; siendo esas condiciones de vulnerabilidad que la llevan a ser un sujeto de especial constitucional, y que originan que la intervención del juez constitucional deba ser inmediata, máxime cuando no se avizora la presencia de ningún otro mecanismo judicial con la *idoneidad* y *eficacia* requerida para evitar el desamparo de sus derechos fundamentales o la irreparabilidad *in natura* de las consecuencias que conllevan la falta de su mínimo vital.

Sumado a lo anterior, el juez constitucional está facultado para conocer de este asunto, siempre que se reúnan las exigencias relevantes determinadas por la H. Corte Constitucional, estas son:

“primero, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento y segundo, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su

³ **ARTICULO 86.** 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 éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

⁴ No. 1° del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1983 de 2017



hijo. Así mismo la Corte ha establecido que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna⁷⁵.

Sin pasar por alto que en la sentencia T-530 de 2007 la Alta Corporación Constitucional dispuso que:

“la verificación de los requisitos legales para su procedencia no puede ser tan rigurosa y por tanto, debe prevalecer la aplicación de las normas superiores que regulan la protección doblemente reforzada por la calidad de sujetos de especial protección que tiene la madre cabeza de familia y el hijo, frente aquellas normas que determinan que el período de cotización debe ser igual al de la gestación”

En ese entendido, de los elementos allegados al Despacho, se observa que la menor nació el 04 de agosto de 2022 y la acción de tutela fue radicada formalmente el 13 de diciembre de la misma anualidad, razón por la cual, se encuentra superado el primer requisito, dado que transcurrió menos de un año entre el nacimiento y la interposición de la acción constitucional de amparo; en cuanto a la segundo presupuesto, existen supuesto que permiten presumir la afectación del mínimo vital de la parte accionada y de su hija recién nacida, puesto que lleva más de 4 meses sin percibir ingreso alguno; hecho que no fue controvertido por la parte accionada ni por los vinculados en el trámite tutelar, lo que hace visible la afectación a los derechos fundamentales de la madre y su hija.

Ahora bien, conforme con el artículo 48 de la Constitución Política, el derecho fundamental a la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En el mismo sentido, 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 su ejercicio. A su vez, el artículo 29 dispone que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones. Eso 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 cada juicio.

Así las cosas, la licencia de maternidad conllevaba doble connotación económica encaminada a reemplazar los ingresos que percibía la madre, con el fin de asegurar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las de su hijo, y la protección integral y especial a favor de esta y de su hijo recién nacido, debido a que garantiza la institución familia a través del otorgamiento de prestación que tienen por finalidad la recuperación de la madre y el cuidado del menor, así como, disponer de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condición de calidad y dignidad humana.

Espíritu de protección regulado en el ordenamiento interno en el artículo 43 de la Constitución Política, este establece:

“ (...) La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”

En simultánea, en la regulación internacional por medio del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y Culturales, el cual reconoce expresamente una protección especial para las madres después del parto asociada con el pago de la licencia de maternidad. De igual forma, en el artículo 11.2.b de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en la que indica que, con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados deben tomar medidas adecuadas para implementar la licencia de maternidad. Esta debe incluir el sueldo pagado y las prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales.

⁷⁵ Sentencia T-278 de 2018 de la Corte Constitucional



Esta protección especial a la maternidad, se concretó en los artículos 227, 236 y 237 del Código Sustantivo del Trabajo.

Frente a la interrupción de cotización durante el periodo de gestación, desde el 2007 la jurisprudencia de la Corte Constitucional determinó que:

*“se formularon dos hipótesis fácticas que definen tratamientos diferentes en cuanto a la orden del pago, dependiendo del tiempo dejado de cotizar: (i) **cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS menos de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la ley y la jurisprudencia, se ordena el pago total de la licencia de maternidad.** (ii) cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS más de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la ley y la jurisprudencia, se ordena el pago proporcional de la licencia de maternidad al tiempo cotizado”⁶*

En cuanto a los contribuyentes independientes, actualmente la normatividad aplicable recae en el artículo 2.2.3.2.3 del Decreto 1427 de julio 29 de 2022, la cual reza:

“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:

- 1. Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos períodos, procederá el pago completo de la licencia.**
2. 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” (Negrilla fuera del texto original).

De ese modo, de conformidad con los elementos pertinentes y aportados en el trámite tutelar, se encuentra acreditado que la señora DIANA KATERINE GUTIERREZ BETANCOURT estando afiliada a COMPENSAR EPS de forma independiente, acorde a la afirmación de la accionante y la parte accionada, dio a luz a su hija Eilyn Violeta Acero Gutiérrez el 04 de agosto de los corrientes, debido a esto, el 31 de octubre de 2022 le solicitó sufragar a su EPS el rubro de la licencia de maternidad, siendo esta negada en la respuesta fechada 04 de noviembre del año en curso, argumentado que el aporte del mes de agosto de 2022, fue realizado de forma extemporánea el 26 de septiembre de 2022, siendo la fecha de límite de pago el 19 de septiembre de 2022, razón suficiente para no acceder al beneficio de la licencia al copiar textualmente el inciso segundo del artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 de 2022.

En ese orden, sin lugar a duda alguna, resulta evidente la vulneración de los derechos fundamentales deprecados por la accionante, DIANA KATERINE GUTIERREZ BETANCOURT, puesto que en la respuesta de la entidad accionada, esta omitió el tercer inciso del artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 de 2022, el cual refiere la posibilidad de aplicarse el artículo 2.2.3.2.3, según el caso particular. De esta forma, avizora el Despacho que la accionante se sustrajo de cotizar 7 días al cancelar el periodo de agosto el 26 de septiembre de 2022, teniendo como fecha límite de pago el 19 de septiembre del año en curso, razón por la cual, la accionante cuenta con derecho a devengar el rubro de la licencia de maternidad de forma completa de acuerdo con el numeral 1º del artículo 2.2.3.2.3 del Decreto 1427 de 2022.

Así las cosas, COMPENSAR EPS cuenta con la facultad de ejercer el cobro por el montón comprendido de la licencia de maternidad asignada a la demandante ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES, conforme con el artículo 2.2.3.4.4 del Decreto 1427 de 2022.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO 23 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República y

⁶ Sentencia T-053 de 2007 de la Corte Constitucional



por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, vida, salud, dignidad humana de **DIANA KATERINE GUTIERREZ BETANCOURT**, por los motivos expuestos en las consideraciones de la presente decisión,

SEGUNDO. ORDENAR a COMPENSAR E.P.S. que en el **TÉRMINO IMPRORRÓGABLE DE CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a sufragar el rubro completo de la licencia de maternidad de acuerdo con el numeral 1º del artículo 2.2.3.2.3 del Decreto 1427 de 2022, a favor de **DIANA KATERINE GUTIERREZ BETANCOURT**, para lo cual, la entidad promotora de salud cuenta con la facultad de ejercer el cobro de dicho concepto ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES.

TERCERO. DESVINCULAR al MINISTERIO DE TRABAJO y a la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD, por falta de legitimación en la causa por pasiva en el presente caso.

CUARTO. COMUNÍQUESE a los interesados que contra la presente decisión procede la IMPUGNACIÓN ante el inmediato superior dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la misma, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato, conforme lo preceptúa el inciso primero (1º) del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO. En firme la presente decisión, se **REMITIRÁ** el cuaderno original de Tutela a la Corte Constitucional, para su EVENTUAL REVISIÓN.

SEXTO. NOTIFÍQUESE el contenido del fallo a las partes de conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase.

Firmado Por:
Luz Angela Corredor Collazos
Juez
Juzgado Municipal
Penal 023 De Conocimiento
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: 30941139af465a8bde0c071614b9d80ba88e290fd4685f1e17fddf1be8d4e279

Documento generado en 22/12/2022 05:02:19 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>