



## **JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL**

Villavicencio, Dieciséis (16) de Marzo de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación:** 500014003001-2016-00141-00  
**Clase:** ACCION DE TUTELA DE 1ª INSTANCIA  
**Accionante:** MARTHA YANETH RESTREPO VARGAS  
**Accionado:** E.P.S FAMISANAR

### **ANTECEDENTES**

**MARTHA YANETH RESTREPO VARGAS**, acude a la jurisdicción en acción constitucional de tutela admitida el 03 de Marzo de 2016, por medio de la cual solicita la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital móvil, por parte de su **E.P.S. – FAMISANAR**.

### **NOTIFICACIONES**

**1.1.** La entidad accionada **FAMISANAR E.P.S.**, como consta a folio 16, fue notificada a través del funcionario del juzgado – citador, el día 09 de Marzo de 2016.

**1.2.** La entidad vinculada **SERVISEGUROS DEL LLANO S.A.S.**, como consta a folio 17, fue notificada de manera personal el día 09 de Marzo del corriente.

**1.3.** A la accionante **MARTHA YANETH RESTREPO VARGAS**, se le notifico de la admisión de la presente acción al abonado telefónico que apporto en el escrito de tutela 310 816 69 51, el día 09 de Marzo de 2016. (Folio 15).



## **PRETENSIONES**

**1.4.** Solicita tutelar su derecho fundamental al mínimo vital, seguridad social en conexidad con la vida y el de la atención a la salud, en consecuencia le otorguen el salario adeudado por la EPS FAMISANAR LTDA, referente a la licencia de maternidad.

## **HECHOS**

**1.5.** Se encuentra filiada al sistema de seguridad de salud a través de la EPS FAMISANAR LTDA como beneficiaria cotizante desde enero de 2011.

**1.6.** Dio a luz a su hija HELEN FAJARDO RESTREPO el día 27 de octubre, en la Clínica Cooperativa de la ciudad de Villavicencio, la entidad accionada cubrió la totalidad de la atención, como quiera que yo me encontraba a paz y salvo en las cotizaciones.

**1.7.** El 30 de octubre de 2015 solicite a la entidad accionada el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, prestación que me fue negada por la E.P.S FAMISANAR LTDA., argumentando que no cumplía con los periodos mínimos cotizados de forma completa e ininterrumpida.

## **DERECHOS FUNDAMENTALES CONSIDERADOS VULNERADOS**

La presente acción de tutela se origina buscando el amparo del derecho constitucional fundamental al mínimo vital móvil, salud, seguridad social de la señora **MARTHA YANETH RESTREPO VARGAS.**



## **PRUEBAS**

- Certificado nacido vivo
- Certificado de incapacidad o licencia por maternidad.
- Recibo de pago por parte de **SERVISEGUROS DEL LLANO**.

## **CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA**

La entidad accionada **FAMISANAR E.P.S.**, a través de su gerente indico que la accionante no cumple con las semanas mínimas de cotización para acceder a la prestación económica, la señora presenta un retiro el día 01 de enero de 2015 y luego presenta un ingreso el día 06 de marzo de 2015 con la empresa **SERVISEGUROS DEL LLANO**, es decir que a la fecha del parto tenía cotizados 7 pagos por 30 días y uno por 1 día, para un total de 221 días cotizados.

Arguye que no está probado el peligro de subsistencia y por tanto no viola derechos fundamentales, por tanto debe declararse improcedente o en su defecto ordenar al Fosyga su pago integral dentro del término de 30 días siguientes a la presentación de cobro.

La entidad vinculada **SERVISEGUROS DEL LLANO S.A.S.**, NO dio contestación.

## **CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

### **COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD**



El Juzgado Primero Civil Municipal de Villavicencio en desarrollo de las facultades conferidas por la Constitución Política de Colombia y el Decreto 1382 de 2000, es competente para resolver la acción de tutela que nos ocupa, atendiendo a la calidad del accionado.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Corresponde al Despacho determinar si los derechos fundamentales de la señora **MARTHA YANETH RESTREPO VARGAS** y su menor hijo fueron vulnerados por parte de **FAMISANAR E.P.S.**, al no reconocerse y posteriormente cancelarle el valor de la licencia de maternidad.

### **TESIS PARA RESOLVER EL PROBLEMA**

El Despacho para resolver el presente caso, reiterará la jurisprudencia respecto de los siguientes temas: i) Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad cuando se cotiza un período inferior al de gestación o cuando se efectúan cotizaciones extemporáneas, y ii) Pago completo y pago proporcional de la licencia de maternidad, trayendo lo conceptuado en Sentencia T-837 de 2010, la cual regula el tema, impartiendo reglas para la ponderación y protección del derecho vulnerado en el contexto de la licencia de maternidad:

***1. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad cuando se cotiza un período inferior al de gestación o cuando se efectúan cotizaciones extemporáneas. Reiteración de jurisprudencia.***



*La Constitución de 1991, en sus artículos 43<sup>1</sup>, 44 y 50<sup>2</sup>, señala que es al Estado a quien le corresponde asistir, brindar protección y entregar un subsidio alimentario a la mujer en caso de encontrarse desempleada o desamparada, apoyando de manera especial a la mujer cabeza de familia dentro de una igualdad real y efectiva con el fin de que aquellas no sean discriminadas o marginadas por su situación económica, física o mental.*

*Sin embargo, atendiendo a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución y en las normas legales que reglamentan la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha determinado adicionalmente que “el pago de la licencia de maternidad sólo es procedente mediante la acción de tutela, cuando se haya cumplido con los requisitos legales para su exigibilidad y se esté vulnerando o amenazando el mínimo vital de la accionante y del recién nacido con el no pago de esta acreencia.”<sup>3</sup>*

*Ahora bien, los requisitos fijados en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para que la EPS a la que se encuentre afiliada la mujer que se encuentra en estado de embarazo o haya dado a luz a su hijo, esté obligada a pagarle la licencia de maternidad, son los siguientes: (i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación<sup>4</sup>, respecto de este requisito esta Corporación ha señalado que el incumplimiento de este requisito 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*

<sup>1</sup> Asistencia y protección a la mujer durante el embarazo y después del parto.

<sup>2</sup> Garantizar los derechos fundamentales del recién nacido y en general de los menores de edad.

<sup>3</sup> Sentencia T-788 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Respecto a la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad, se pueden consultar, entre otros, los siguientes fallos, en los que la Corte Constitucional encontró que existía una vulneración del mínimo vital de la madre y del menor, por el no pago de la licencia: T-022 de 2007 (MP Jaime Araujo Rentería), T-088 de 2007 (MP Manuel José Cepeda), T-204 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-283 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-530 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-689 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-917 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-728 de 2007 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y T-707 de 2007 (Clara Inés Vargas Hernández). En algunos de los fallos antes citados, la madre devengaba un salario mínimo o menos. En tales casos se presume la vulneración del mínimo vital. En otros de los fallos citados, la Corte presume la vulneración del mínimo vital cuando el salario es el único medio de subsistencia de la madre. La Corte Constitucional también ha negado el reconocimiento de la licencia de maternidad por vía de la acción de tutela por considerar que no se vulneraba el mínimo vital de la accionante por el no pago de la licencia de maternidad. Al respecto, ver entre otros fallos los siguientes: T-1090 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-653 de 2002 (MP: Jaime Araujo Rentería), T-773 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynetti), T-844 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-1013 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño) y T-1014 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño).

<sup>4</sup> Decreto 47 de 2000, Art. 3, num. 2.



*proceder a proteger los derechos fundamentales tanto de la madre como del recién nacido.<sup>5</sup>*

*Y, (ii) que su empleador o ella misma, en el caso de las trabajadoras independientes haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho<sup>6</sup>. En lo referente, al anterior requisito la Corte Constitucional ha establecido,<sup>7</sup> que aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, o cuando la mujer misma las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, la EPS demandada no requirió al obligado(a) para que lo hiciera ni se opuso al pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad.<sup>8</sup> Por otro lado, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que aun cuando se constate que la accionante ha cumplido con los presupuestos legales para que la entidad de salud demandada le pague la licencia de maternidad, para que su reclamación sea procedente a través de la acción de tutela, es preciso comprobar que hay vulneración a los derechos fundamentales del mínimo vital<sup>9</sup> tanto de la madre como de su hijo recién nacido, debido al no pago de la licencia.*

## **2. Pago completo y pago proporcional de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia.**

*Los artículos 8, 80, 63 y 70 del Decreto 806 de 1998<sup>10</sup>, han dispuesto que para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad se debe tener en cuenta, los siguientes requisitos:*

*“(i) si el empleador incurre en mora en el pago de los aportes deberá cancelar directamente a la empleada la licencia de*

<sup>5</sup> En reciente decisión (T-034 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), esta corporación sostuvo: “(...) cuando se amenaza el mínimo vital de la madre y del recién nacido por el no pago de la licencia de maternidad, éste deja de ser un derecho de carácter legal y se torna en un derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuya protección es procedente a través de la acción de tutela.”

<sup>6</sup> Decreto 1804 de 1999, Art. 21, num 1.

<sup>7</sup> Respecto al allanamiento de la EPS a la mora del empleador o del cotizante (en el caso de las trabajadoras independientes), ver entre otros, los siguientes fallos: T-983 de 2006 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-838 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto), T-640 de 2004 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-605 de 2004 (MP: Rodrigo Uprimny Yepes), T-390 de 2004 (MP: Jaime Araujo Rentería), T-885 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-880 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra) y T-467 de 2000 (MP: Álvaro Tafur Galvis).

<sup>8</sup> La subregla relativa al allanamiento de la EPS a la mora del empleador, también es aplicable para el caso de las trabajadoras independientes que soliciten su licencia de maternidad y hayan pagado de manera tardía las cotizaciones, sin que hubieren recibido ningún requerimiento al respecto por parte de la EPS o le hayan rechazado el pago. Al respecto, ver entre otras, las sentencias T-983 de 2006 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-838 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto) y T-664 de 2002 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).

<sup>9</sup> Se presume la afectación del mínimo vital de una madre gestante o lactante y de su hijo recién nacido, por el no pago de la licencia de maternidad, cuando devenga un salario mínimo<sup>9</sup>, o cuando el salario es su única fuente de ingreso<sup>9</sup> y no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor<sup>9</sup>. Corresponde a la EPS o al empleador desvirtuar dicha presunción.

<sup>10</sup> Decreto 806 de 1998.



maternidad; (ii) la mujer debe haber cotizado, como mínimo, durante todo el período de gestación; (iii) el ingreso base de cotización durante la licencia de maternidad se calcula sobre el valor de la respectiva prestación económica<sup>11</sup>”.

De la misma forma, el Decreto 1804 de 1999<sup>12</sup>, señala los siguientes requisitos:

“(i) haber cancelado en forma completa las cotizaciones durante el año anterior a la fecha de solicitud, en caso de que quien reclame sea el empleador la regla debe cumplirse frente a todos los trabajadores (artículo 21<sup>13</sup>); (ii) que los pagos hayan sido efectuados de manera oportuna al menos 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho (artículo 21); (iii) no tener deudas pendientes con EPS o IPS (artículo 21<sup>14</sup>); (iv) cuando no proceda el pago de la licencia por parte de la EPS o el empleador incurra en mora en las cotizaciones causadas durante la licencia será este el que deberá asumir su pago (artículo 21); (v) las trabajadoras independientes pierden su derecho a la licencia de maternidad en caso de no pagar las cotizaciones correspondientes durante la licencia de maternidad (artículo 21); (vi) se requiere también suministrar información veraz y cumplir con las reglas de movilidad entre entidades (artículo 21<sup>15</sup>)”<sup>16</sup>.

Igualmente, el artículo 3 del Decreto 47 de 2000<sup>17</sup>, establece el período mínimo de cotización al sistema de salud para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, a saber:

<sup>11</sup> Sentencia T-1223 de 2008.

<sup>12</sup> Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

<sup>13</sup> Decreto 1804 de 1999: “Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: || 1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho. || Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el período de que trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias. || Esta disposición comenzará a regir a partir del 1o. de abril del año 2000. (...)”

<sup>14</sup> Decreto 1804 de 1999: “Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: (...) 2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora. || Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema. || En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias. (...)”

<sup>15</sup> Decreto 1804 de 1999: “Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: (...) 3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al sistema. || 4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente. || Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes.”

<sup>16</sup> Sentencia T-1223 de 2008.

<sup>17</sup> Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones.



*“... Periodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes periodos mínimos de cotización:*

*(...)*

*2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su periodo de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión (...).”*

*Efectivamente, la Corte Constitucional inicialmente dio cumplimiento a este requisito en sus fallos, es decir, que para una entidad prestadora de salud reconozca y pague la licencia de maternidad, es necesario que se haya cotizado al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación<sup>18</sup>.*

*Posteriormente la misma Corporación, modifica su jurisprudencia teniendo en cuenta como sujetos de especial protección constitucional a la mujer embarazada y al recién nacido, aclarando que tal requisito no se puede aplicar para todos los casos, ya que “la condición según la cual la mujer embarazada, para obtener el pago de la licencia por maternidad, debe haber cotizado durante todo el periodo de gestación, en ciertas circunstancias, haría que el derecho a la prestación económica referida fuera inocuo afectándose su mínimo vital”<sup>19</sup>. Así, esta Corte protege mediante sus sentencias a aquellos sujetos de especial protección, inaplicado dichas disposiciones legales y en consecuencia, ordena que se reconozca y realice el pago de la licencia de maternidad aun cuando no se haya cotizado durante todo el periodo de embarazo a las entidades prestadora de salud.*

*La Corte Constitucional ha venido desarrollando un medida<sup>20</sup> con el fin de determinar, si el pago de la licencia de maternidad ordenado por el juez de tutela debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas. La Corte ha*

<sup>18</sup> Sentencia T-127 de 2009.

<sup>19</sup> Sentencia T-204 de 2008.

<sup>20</sup> T-034 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-206 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en la que se ordenó el pago proporcional de una licencia de maternidad a una mujer que había cotizado 29 de las 39 semanas que duró el periodo de gestación y T-530 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), en la que se ordenó, entre otras, el pago proporcional de una licencia de maternidad a una mujer que había cotizado 30 de las 39 semanas que duró el periodo de gestación.



señalado que: (i) teniendo en cuenta que tiempo se dejó de cotizar: dado el caso, que faltaran por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos dos (2) meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, (ii) si faltaron por cotizar más de dos (2) meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó.

En la sentencia T-530 de 2007<sup>21</sup>, se determinaron las condiciones que dieron lugar al establecimiento de esta regla en la jurisprudencia de la Corte:

“(...) se introdujo una variable a la posición ya sentada por la Corte en relación con el reconocimiento por vía de tutela de la licencia de maternidad, situación que se reiteró posteriormente en sentencia T-598 de 2006<sup>22</sup>. En esta oportunidad se ordenó reconocer de manera proporcional el pago de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que en este caso la accionante tan solo había cotizado siete meses de su período de gestación. Igual situación se presentó en el caso resuelto en la sentencia T-034 de 2007<sup>23</sup> en que la accionante se le reconoció el 85.1% de la licencia de maternidad en tanto solo había cotizado, 32 semanas de las 37.6 semanas que duró su período de gestación.

Sin embargo, esta posición jurisprudencial sugirió una nueva variante cuando en sentencia T-206 de 2007<sup>24</sup>, se consideró que partiendo del pago proporcional de la licencia de maternidad, era necesario de todos modos advertir una circunstancia jurídica asumida por la Corte en sentencia T-053 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en cuyo caso se había ordenado el reconocimiento de una licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%), de una madre cabeza de familia que había dejado de cotizar por un lapso de 2 meses y dos días, justificado en el hecho de que “en tratándose de la reclamación de la licencia de maternidad, 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,

<sup>21</sup> Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra

<sup>22</sup> Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

<sup>23</sup> Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>24</sup> Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.



frente aquellas normas que determinan que el período de cotización debe ser igual al de la gestación”<sup>25</sup>.

De esta manera, en los casos objeto de revisión en la sentencia T-206 de 2007, se advierten dos circunstancias fácticas distintas: En una de ellas la accionante había dejado de cotizar por diez (10) semanas, término que superaba el mínimo de dos meses establecido en la sentencia T-053 de 2007, razón por la cual se ordenó el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que cotizó durante su embarazo. En el otro caso, la accionante había dejado de cotizar por 30 días, lapso inferior al mínimo de los dos meses ya señalados, en cuyo caso se procedió a reconocer la licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%).” (subrayas fuera de texto)

En la sentencia T-530 de 2007, teniendo en cuenta las consideraciones de los casos arriba mencionados, la Corte Constitucional ordena el pago proporcional en los casos en los que sólo se había dejado de cotizar más de dos meses y pago completo en los casos en que se había dejado de cotizar menos de dos meses por parte de los empleadores o las mujeres trabajadoras independientes.

## **ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO**

En línea inequívoca respecto al caso específico tenemos, que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si la entidad FAMISANAR E.P.S. ha vulnerado los derechos fundamentales a la señora **MARTHA YANETH RESTREPO VARGAS**, y su menor hijo, por negarle el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad con el argumento, que el tiempo que realmente cotizó en salud fue inferior al que exigen las normas legales aplicables, contempladas en el Decreto 047/2000, artículo 3m, numeral 2.

<sup>25</sup> Ibidem.



Sobre el particular se constata que la señora **MARTHA YANETH RESTREPO VARGAS**, interpuso la presente acción de tutela el 03 de Marzo de 2016 y que la misma accionante sostiene que dio a luz a su hijo el 27 de Octubre de 2015 (folio 05). Queda así demostrado que la accionante solicitó el pago de la licencia de maternidad dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo, pues la accionada le expide respuesta a su petición el día 30 de Octubre de 2015, cuando su menor hijo tenía tan solo 3 días de nacido.

Por otra parte, la señora **MARTHA YANETH RESTREPO VARGAS** sostiene en la acción de tutela que ha estado afiliada a salud en calidad de cotizante a famisanar E.P.S., entidad esta que le negó el pago de la licencia de maternidad argumentando que el tiempo cotizado es inferior al que ordena la normativa.

Ahora bien, el Gerente de famisanar E.P.S. contestó la acción de tutela solicitando denegar la acción, en razón a que no cumple con el periodo exigido de cotización, la usuaria presentando interrupción.

Estudiado el caso y teniendo en cuenta las pruebas allegadas a este Despacho, y las mismas afirmaciones que refirió el accionado, tenemos entonces que la accionante **MARTHA YANETH RESTREPO VARGAS** del periodo de gestación cotizo un total de siete (07) meses y 1 día (septiembre de 2015 a febrero de 2016), como se demuestra a continuación:

<b>APORTANTE</b>	<b>MES COTIZADO</b>	<b>DIAS COTIZADOS</b>
SERVISEGUROS	FEBRER 2015	01
SERVISEGUROS	ABRIL 2015	30
SERVISEGUROS	MAYO 2015	30



SERVISEGUROS	JUNIO 2015	30
SERVISEGUROS	JULIO 2016	30
SERVISEGUROS	AGOSTO 2016	30
SERVISEGUROS	SEPTIEMBRE 201	30
SERVISEGUROS	OCTUBRE 2015	30

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional que se ha señalado en esta providencia, se presume la vulneración del derecho al mínimo vital de la accionante y de su menor hijo, presunción que no ha sido desvirtuada por parte de FAMISANAR EPS. Cabe precisar que la entidad prestadora de salud a la cual estaba afiliada durante el período de gestación, es la entidad obligada a reconocer y pagar la licencia de maternidad completa.

De conformidad con las reglas que la Corte ha establecido para estos casos, tenemos que la accionante dejó de cotizar menos de 2 meses durante el período de gestación, motivo por el cual, se ordenará a la entidad de salud FAMISANAR EPS, el pago COMPLETO de la licencia de maternidad, mediante este mecanismo de protección constitucional al encontrar que los derechos de **MARTHA YANETH RESTREPO VARGAS** y de su hijo menor de edad, a la seguridad social y al mínimo vital, se encuentran vulnerados para lo cual se implicará, por contrariar la Constitución Política de Colombia, lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 047 de 2000 y se ordenará a FAMISANAR E.P.S, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que dentro de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, RECONOZCA Y PAGUE la prestación por licencia de maternidad a la señora **MARTHA YANETH RESTREPO VARGAS**.

Teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional, la Sala hace un llamado de prevención a la entidad



FAMISANAR E.P.S, para que en lo sucesivo se abstenga de desproteger a quien solicite el pago de la prestación económica, licencia de maternidad, y aplique los lineamientos que sobre el tema ha desarrollado dicha Corporación para asegurar los derechos fundamentales de la madre y de su hijo.

La reflexión queda superada respecto a la clara posición de protección de los derechos fundamentales invocados para su protección con la argumentación de la Corte, sin embargo, es claro para este escenario de protección constitucional la relevancia del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, cual tiene el propósito de solventar a la madre y al recién nacido en todas sus necesidades, pues cabe recordar que esa prestación equivale al salario que debería recibir la trabajadora si estuviera ejecutando sus labores. Es por ello que el pago de esa licencia es la protección para el desarrollo del recién nacido en forma integral y la atención post-parto de la madre que dio a la luz y que precisamente por su estado no puede laborar en forma inmediata, máxime cuando su hijo neonato requiere de atenciones y cuidados especiales.<sup>26</sup> y cuyo escenario de amparo es en el que nos encontramos amen de existir otra vía judicial para su reclamación, cuyo procedimiento que se presenta como alternativo no es idóneo para la eficaz y cierta salvaguarda de los derechos fundamentales en cuestión.

Desde este punto de vista, el juez de tutela identifica con absoluta precisión en el caso concreto, cuál es el derecho fundamental sujeto a violación o amenaza, para evitar atribuirle equivocadamente una vía de solución legal que no se ajusta, como debería ocurrir, al objetivo constitucional de protección cierta y efectiva (artículos 2,5 y 86 de la Constitución Política de Colombia).

<sup>26</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-204 del 28 de febrero de 2008, MP. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional, Sentencia T-998 del catorce (14) de octubre de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil.



## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil Municipal de Villavicencio, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

### RESUELVE:

**PRIMERO.** INAPLICAR lo dispuesto en el artículo 3°, del Decreto 047 de 2000.

**SEGUNDO.** AMPARAR mediante este mecanismo de defensa constitucional - la tutela - los derechos de **MARTHA YANETH RESTREPO VARGAS** y de su hija menor de edad, a la seguridad social y al mínimo vital.

**TERCERO.** En consecuencia, ORDENAR a **FAMISANAR E.P.S**, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia reconozca y pague la licencia de maternidad COMPLETA 100% a la afiliada **MARTHA YANETH RESTREPO VARGAS**, para lo que en virtud de la Ley 100 de 1993 el FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA (FOSYGA), deberá asumir el correspondiente reembolso, dentro de los treinta días siguientes a la presentación de la cuenta de cobro.

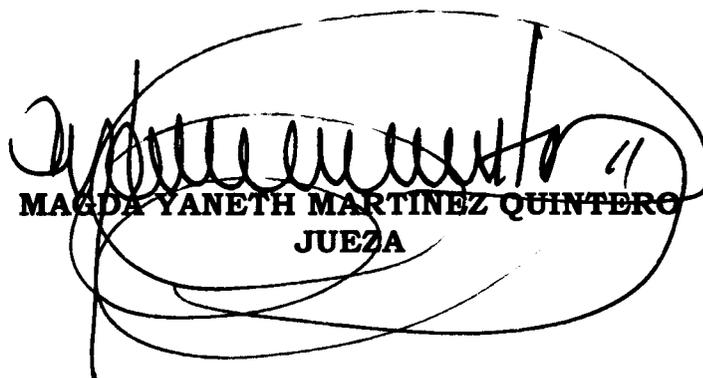
**CUARTO.** PREVENIR a la entidad de salud FAMISANAR E.P.S, para que en lo sucesivo se abstenga de desproteger a quien solicite el pago de la prestación económica, licencia de maternidad, y aplique los lineamientos que sobre el tema ha desarrollado por la Honorable Corte Constitucional para asegurar los derechos fundamentales de la madre y de su hijo.



**QUINTO.** LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

**SEXTO.** Si este fallo no fuere impugnado dentro del término legal, envíese lo actuado para ante la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**COPIESE, NOTIFIQUESE, Y CUMPLASE**



**MAGDA YANETH MARTINEZ QUINTERO**  
**JUEZA**

